

# **Histoire du droit**

**Carbasse Jean-Marie**

VISIT...

LANZAROTE  
*Caliente*.COM



*Que  
sais-je?*

# HISTOIRE DU DROIT

Jean-Marie Carbasse

puf

QUE SAIS-JE ?

# Histoire du droit

**JEAN-MARIE CARBASSE**

Ancien recteur d'académie

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

Deuxième édition mise à jour

5<sup>e</sup> mille



# Introduction

*Histoire du droit*: deux mots apparemment simples et de sens bien connu. Chacun sait, ou croit savoir, ce qu'est l'histoire et ce qu'est le droit. L'histoire du droit s'inscrit naturellement à l'intersection de ces deux ensembles... Mais encore ? De quoi va-t-il être question, tout au long de ces 128 petites pages ? Quelques précisions liminaires s'imposent.

Le droit, d'abord. Les juristes, premiers concernés, ont donné au cours des temps des réponses variables. Le droit est « l'art du bon et du juste », selon tel juriste romain ; ou encore l'art de « rendre à chacun le sien ». Aujourd'hui, plutôt qu'un art, le droit est volontiers considéré comme une science : on parle des « sciences juridiques » (au pluriel !), voire des « sciences juridiques et politiques ». Pourtant le droit, pas plus que la politique, n'est une science exacte : les mêmes causes n'y produisent pas toujours les mêmes effets. Un art, donc, mais lequel ? Celui du législateur qui « porte » la loi ? Celui du juge qui « dit » le droit ? Celui des professionnels qui le pratiquent ? Celui de la doctrine qui le commente ? Les approches du droit sont multiples, ses domaines sont nombreux : on parle volontiers aujourd'hui du droit de ceci, ou de cela. Il n'y a pas un secteur de l'activité humaine qui n'ait « son » droit spécial... Mais le droit en tant que tel – le droit considéré dans son « essence » – ne se laisse pas si aisément cerner.

S'il existe un *noyau permanent* du droit, c'est aux philosophes qu'il appartient de le dégager. Ils s'y évertuent depuis des siècles et l'histoire de cette recherche, celle de la philosophie du droit, fait partie intégrante de l'histoire générale du droit. Mais d'autres ouvrages de cette collection abordent ces aspects du droit, en particulier : *La philosophie du droit* (no 857) et *Le droit naturel* (no 2806). On s'attachera donc ici, plutôt qu'à l'histoire du concept de droit, à celle des *formes* concrètes qu'il a prises au cours des temps et aux vicissitudes de sa formulation. Depuis très longtemps, les hommes ont conscience d'obéir à des règles de comportement social, familial, individuel, qu'ils ressentent comme obligatoires et dont ils admettent, de ce fait, qu'elles soient sanctionnées. Ces règles se sont exprimées selon des modalités très diverses tout au long de l'histoire : donner une idée, forcément sommaire, de cette « historicité » des normes juridiques, tel sera donc notre propos.

L'histoire, maintenant. Du grec *istoria*: « recherche » ou « enquête », volonté de savoir. Lorsque Hérodote, au milieu du Ve siècle av. J.-C., donne à ses récits de voyage, pour la première fois, le titre d'Histoires, il n'entend pas s'enfermer dans le passé, dans un propos de pure curiosité pour des temps révolus : il veut expliquer à ses lecteurs grecs le monde tel qu'il est au moment où il parle, tout en éclairant ce présent, chaque fois que c'est utile, par une « recherche » du passé. Telle est la vocation de l'histoire en général, et de l'histoire du droit en particulier. Le droit, comme tous les autres « arts », est essentiellement historique. Quelle que soit l'institution ou la règle considérée, elle s'explique au moins en partie par le passé qu'elle le prolonge, qu'elle l'infléchisse ou qu'elle cherche à en briser le cours. Les mots du droit, ses concepts, ses mécanismes et ses règles ne sont pas nés d'hier, de la volonté arbitraire d'un législateur. Le droit français, les autres droits européens sont les héritiers d'une évolution longue et complexe. Il va de soi que l'on ne pourra pas, dans un ouvrage aussi bref, entrer dans tous ses détails. On s'en tiendra aux grands traits. Il faudra évidemment simplifier – quitte à renvoyer, pour des analyses plus complètes, à d'autres ouvrages déjà publiés dans cette collection : *l'Histoire du droit public français* (no 755), *l'Introduction historique au droit privé* (no 408), *l'Histoire du droit pénal* (no 690), *l'Histoire de la justice* (no 137), *Les grandes dates du droit* (no 2890), etc.

Au surplus, l'évolution des systèmes de droit n'est pas toujours parfaitement claire. Sur beaucoup de points, les spécialistes discutent. Si les événements historiques sont par nature figés dans le passé, en revanche l'histoire comme démarche intellectuelle n'est jamais achevée. Beaucoup reste encore à découvrir, nombre d'hypothèses doivent être vérifiées ; certaines seront confirmées par de nouvelles découvertes, d'autres seront modifiées, écartées, remplacées par des hypothèses nouvelles : tel est le métier de l'historien. L'histoire du droit, comme les autres champs historiques, est donc toujours en chantier. On voudra bien ne pas l'oublier en lisant le présent ouvrage, synthèse provisoire de connaissances en constante évolution.

Au début, le droit est dit/dicté par les dieux, ou par Dieu. Texte terrible, dont nul ne peut s'écarter, que rien ne peut changer, dont toute discussion est impossible : pas de place, donc, pour une histoire. L'histoire ne devient possible que si le droit se fait, au moins en partie, humain ; lorsqu'il peut s'inscrire dans le temps des hommes. C'est ce qui advient, pour la première fois sans doute, en Grèce et à Rome (chap. I). Rome lègue à l'Occident, et donc au monde, un droit déjà très riche ; il s'enrichit encore, par diverses voies, tout au long de ce millénaire que nous appelons, si improprement, le Moyen Âge

(chap. II). Vient ensuite, pour le royaume de France auquel il nous faudra ici réduire notre propos, le moment d'un « droit national », expression juridique de l'indépendance française (chap. III). Et enfin, il y a deux siècles, la réduction du droit à la Loi, puis aux Codes ; jusqu'à aujourd'hui où émerge, dans la confusion, un nouveau pluralisme (chap. IV).

# Chapitre I

## Du droit dit par les dieux au droit fait par les hommes

Ce premier chapitre de l'histoire du droit embrasse une période très longue. Aux époques les plus anciennes, quelle que soit la civilisation considérée, le droit, ou plutôt les normes qui s'imposent aux hommes dans tous les aspects de leur vie, sortent de la bouche des dieux (I). Après quoi, à des périodes très différentes selon les civilisations, le droit devient l'affaire des hommes. Cela ne signifie cependant pas que les considérations religieuses soient totalement exclues de la sphère juridique, mais simplement que les deux domaines sont désormais distingués. Ce processus de distinction commence en Grèce et à Rome, puis il se poursuit, non sans vicissitudes, dans le contexte de l'Occident chrétien. C'est surtout l'histoire du droit romain qui nous retiendra ici, successivement dans ses origines (II), sa phase classique (III) et son époque tardive (IV) ; après quoi il faudra dire un mot des débuts du droit canonique, corps de règles fondées sur la parole de Dieu, mais formulées par des hommes qui s'en font les interprètes (V).

### I. Le droit dit ou dicté par les dieux

Ce droit dicté par les dieux prend au départ la forme de règles coutumières, qui s'imposent par la seule croyance collective qu'elles sont d'origine sacrée. Un réseau touffu de rites obligatoires et d'interdits enserré la vie des hommes. Dans un second temps, ici ou là, la parole des dieux se fait plus précise : la divinité parle elle-même, en général par l'intermédiaire d'un homme privilégié qui, après avoir entendu la parole divine, en rapporte la teneur aux hommes. Telle est la fonction, dans les civilisations orientales, des rois-prêtres. Ainsi Hammourabi, au <sup>xviii</sup><sup>e</sup> siècle avant notre ère, se présente-t-il comme un simple transmetteur de la parole de Šamaš, dieu du soleil et de la justice ; une stèle fameuse le représente debout, en position d'attente,



devant le dieu qui grave lui-même sur des tablettes ce que l'on appelle improprement le « code » d'Hammourabi. Il en va de même de toutes les législations mésopotamiennes : alors même que leur contenu n'est pas religieux, elles se présentent comme données ou dictées par les dieux.

La Bible s'inscrit dans le même contexte, mais ici le droit que Yahvé est censé avoir dicté à Moïse sur le Sinaï comporte une forte composante religieuse. Le Décalogue, le Code de l'Alliance, le code sacerdotal (ou *Lévitique*) règlent à la fois la relation du Peuple élu avec son Dieu et les relations sociales. Ce n'est pas ici le lieu de décrire ces textes, qui appellent une exégèse savante. L'essentiel est de retenir que l'origine divine de ces commandements les rend à jamais immuables, et sature l'espace juridique : il n'y a plus de place, à côté de la Loi de Dieu, pour une loi humaine. Aussi bien les anciens rois d'Israël sont-ils dépourvus de tout pouvoir « législatif » ; il ne leur est demandé que de connaître par cœur la Loi divine : « Lorsque [le roi] montera sur le trône royal, il devra écrire sur un rouleau, pour son propre usage, une copie de cette loi, sous la dictée des prêtres lévites. (...) Elle ne le quittera pas ; il la lira tous les jours de sa vie, pour apprendre à craindre Yahvé son Dieu en gardant toutes les paroles de cette loi, ainsi que les règles à appliquer. Il évitera ainsi de s'enorgueillir au-dessus de ses frères et il ne s'écartera pas de ces commandements, ni à droite ni à gauche... » (*Deutéronome*, 17, 18-19).

À Rome, de même, au temps des premiers rois (viii<sup>e</sup>-vii<sup>e</sup> siècles av. J.-C.), le droit n'est pas encore distinct de la religion. Les comportements sociaux obéissent à un seul corps de règles, qui passent là aussi pour venir des dieux. Ainsi, selon la légende, le roi Numa aurait reçu ses « lois » de la nymphe Égérie, qu'il allait écouter au bord de sa fontaine. Ces règles de nature et d'origine religieuse étaient désignées par le mot *fas*, qui vient d'un vieux mot signifiant « dire ». Le *fas*, c'est ce que les dieux ont dit, ou ce qu'ils permettent ; *nefas* est ce qu'ils interdisent (d'où « faste » et « néfaste » : ce qui est approuvé ou non par les dieux). Assez vite pourtant les Romains ont distingué entre le domaine du *fas*, religieux par nature, et celui du droit proprement dit, le *jus*. Il y a là une distinction fondamentale, qui allait libérer le droit « humain » et en permettre le développement.

## II. Le droit fait par les hommes : les débuts du droit civil des

# Romains

L'évolution vers la laïcisation du droit a commencé en Grèce où les dieux de l'époque archaïque, omniprésents dans la vie judiciaire, ne dictent ni n'inspirent aucun code. Au <sup>vi</sup><sup>e</sup> siècle av. J.-C. apparaissent les grands « législateurs » humains qui donnent des lois à leurs cités : Solon et Dracon à Athènes, Lycurgue à Sparte... Mais ces règles, encore sommaires, n'ont pas dépassé le cadre de leurs berceaux originels et sont restées des législations municipales. Il en va autrement à Rome, dont le droit local allait conquérir l'univers.

Si l'on considère les deux grands « monuments » du droit romain, la loi des XII Tables d'une part, les compilations de Justinien de l'autre, plus d'un millénaire les sépare. Construit tout au long de ce millénaire, l'édifice du droit romain est impressionnant. À le considérer en lui-même, ce droit offre déjà un exemple magnifique d'histoire du droit – de développement complet d'un système juridique. Mais il est plus encore, car son histoire ne s'arrête pas à la chute de Rome : il survit pendant le haut Moyen Âge, puis reprend son développement à partir du <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle. Il constitue l'apport majeur de Rome aux siècles ultérieurs, jusqu'à l'Europe actuelle.

L'origine religieuse du droit a laissé quelques traces qui ont survécu à la royauté (abolie en 509 av. J.-C.). Aux premiers temps de la République la vie juridique est encore largement contrôlée par un collège de prêtres, les *pontifes* (chargés, à l'origine, de consacrer les ponts et de veiller à leur solidité). Les pontifes ont d'abord la maîtrise du calendrier judiciaire, en déterminant à leur gré les jours fastes (= conformes au *fas*), où il est permis de plaider, et les jours néfastes, où tout procès est impossible. Ils ont aussi la maîtrise de la procédure, dans la mesure où ils détiennent les formules précises que les plaideurs doivent prononcer, à peine de nullité, pour intenter un procès ou pour conclure un acte juridique. Comme le dira plus tard Tite-Live : « Le droit civil était caché dans le sanctuaire des pontifes. » Or ces prêtres appartenaient au groupe dominant des patriciens, tout comme les consuls qui détenaient désormais, à la place des rois chassés, le pouvoir politique suprême (l'*imperium*). La révélation des formules judiciaires, comme la fixation définitive du calendrier, sera donc une exigence récurrente du reste du peuple, la plèbe. C'est seulement à la fin du <sup>iv</sup><sup>e</sup> siècle av. J.-C. que ces deux revendications seront satisfaites. En attendant, les plébéiens parviennent à limiter la toute-puissance des consuls, et singulièrement leur arbitraire judiciaire, en donnant aux grandes règles du droit civil une base fixe :

# 1. La loi des XII Tables

C'est le premier et les plus prestigieux des monuments juridiques de Rome. Il constitue le fondement du droit *civil* – celui qui, par définition, est réservé aux citoyens romains (*cives*) – et sera entouré jusqu'à la fin de l'Empire d'une constante vénération. D'après la tradition, sa rédaction fut le résultat d'une campagne politique menée à partir de 462 par un tribun de la plèbe pour obtenir des patriciens que les limites de l'*imperium* « consulaire » soient fixées par la loi et qu'ainsi les droits de tous les citoyens, plébéiens compris, soient reconnus. Il s'agissait en somme de passer d'un régime d'arbitraire à un état de droit. Après avoir résisté quelques années, les patriciens cèdent en 454 et acceptent la création de magistrats spéciaux, les décemvirs (les « dix hommes ») « chargés de rédiger les lois au sujet de l'*imperium* des consuls ». Les dix premières tables ont été rédigées en 451, puis deux autres l'année suivante. Ces tables étaient des panneaux (de pierre ?) sur lesquels étaient transcrites les nouvelles dispositions du *jus* ; affichés sur le forum, tous les citoyens pouvaient les lire ou se les faire lire. Détruites en 390 av. J.-C. par les Gaulois de Brennus, puis en 410 apr. J.-C. lors du sac de Rome par les Wisigoths d'Alaric, les XII Tables ne nous sont pas parvenues dans leur texte original. On a essayé de les reconstituer à partir des nombreuses citations qu'en fait la littérature postérieure, en particulier les grands juristes de l'époque classique qui les ont commentées.

Le principal objet de la loi des XII Tables est de reconnaître certains droits aux citoyens et de leur donner les moyens de les faire sanctionner en justice. La loi recense donc une série de questions concrètes à propos desquelles elle donne aux particuliers des « actions », c'est-à-dire la possibilité, dans certaines conditions précises, de se faire rendre justice dans un procès. Chaque fois que les conditions énoncées par la loi sont réunies, tout citoyen peut *agir* en demandant à un magistrat le bénéfice d'un procès ; fondé sur une « action de la loi » (*legis actio*), ce procès ne peut pas lui être refusé : chaque fois que la loi a prévu une action, le magistrat (consul d'abord, préteur ensuite) est dans l'obligation de désigner un juge qui « dira le droit » dans le cadre des dispositions de la loi. Loi publique, loi égale pour tous les citoyens, loi qui s'impose aux magistrats supérieurs et limite leur *imperium* judiciaire : la révolution était considérable. Mais il y eut une autre révolution dans la procédure d'adoption de la loi elle-même : car une fois rédigée par les décemvirs, la loi fut adoptée par l'assemblée

du peuple – les comices. La loi des XII Tables est ainsi la première des lois votées par le peuple ; elle ne devait pas être la dernière.

## 2. Les lois ordinaires

De fait, après la rédaction des XII Tables, le droit romain a continué à évoluer. Lorsqu'il s'avère nécessaire de poser de nouvelles règles, c'est le peuple, dans ses comices, qui y pourvoit. On appelle ces lois des *leges rogatae* : « lois demandées », ou plutôt « dont l'adoption est demandée ». Elle est demandée au peuple par les magistrats supérieurs (ceux qui disposent de l'*imperium* : un consul ou un préteur) qui ont ainsi seuls l'*initiative des lois*. Le projet de loi, rédigé par le magistrat, est soumis à l'assemblée du peuple. Ce vote des comices est en théorie un vote populaire. S'agit-il pour autant de démocratie directe ? En réalité les modalités complexes qui organisent l'expression des suffrages permettent de donner la prépondérance aux citoyens les plus riches : la démocratie romaine n'est en réalité que le paravent d'une oligarchie. Une fois votée, la loi est promulguée par le magistrat qui préside l'assemblée du peuple, puis portée à la connaissance des citoyens par affichage dans un lieu public.

Si la loi constituait pour les Romains l'expression la plus haute du droit civil, la République romaine n'a pas connu pour autant l'inflation législative qui caractérise notre époque. À Rome, la loi est un acte grave, et donc rare : on ne la galvaude pas. *Plurimae leges, pessima res publica*, disaient les Romains : trop de lois détruit l'État. Pour toute la durée de la République, entre les XII Tables et Auguste (soit quatre siècles et demi), on dénombre environ 800 lois. Encore la plupart d'entre elles concernent-elles des matières de droit public : seulement 24 portent sur des questions de pur droit privé, questions très précises dans la plupart des cas. Le reste – c'est-à-dire l'immense majorité des questions concernant les relations entre particuliers, et d'abord les relations internes à la famille – est réglé par la coutume, le *mos majorum* : la « façon d'être » des ancêtres. La coutume a aussi joué un très grand rôle dans les provinces, où les Romains ont laissé subsister les droits propres des peuples vaincus qui étaient bien souvent coutumiers. En 212 apr. J.-C., l'édit de Caracalla admettant tous les hommes libres de l'Empire à la citoyenneté romaine les autorisera à utiliser le droit civil, mais tout en leur laissant leurs usages locaux qui subsisteront ainsi jusqu'à la fin de l'Empire et au-delà.

# III. L'apogée du droit romain

L'époque « classique » du droit romain, c'est-à-dire celle de son apogée, est à cheval sur deux régimes politiques : les derniers siècles de la République et les premiers siècles de l'Empire (du milieu du iii<sup>e</sup> siècle av. J.-C. au milieu du iii<sup>e</sup> siècle apr. J.-C.). A cette époque le rôle créateur du droit revient aux préteurs, puis aux empereurs, les uns et les autres stimulés et/ou assistés par une doctrine vigoureuse : la jurisprudence.

## 1. Le droit prétorien

C'est le droit qui émane du préteur, à qui incombe depuis 367 av. J.-C. la charge de la juridiction civile. Ce premier préteur ne s'occupe d'abord que des litiges entre citoyens, dans le cadre de la Ville : on l'appelle pour cette raison le *préteur urbain*. En 242, apparut un second préteur, spécialisé dans les litiges entre Romains et étrangers (*peregrini*), et que l'on appelle de ce fait le *préteur pérégrin*. C'est la place du préteur dans l'organisation judiciaire qui explique son rôle créateur de droit.

Au début de la République, lorsqu'un citoyen voulait intenter un procès pour faire valoir un droit, par exemple pour revendiquer une chose qu'on lui avait indûment enlevée, ou pour demander réparation d'une injure qu'on lui avait faite, il devait se présenter devant le magistrat (consul, puis préteur) en lui amenant la partie adverse, et exprimer sa demande. Cette demande devait obligatoirement respecter une procédure précise, prévue par la coutume ou inscrite dans la loi. Il y avait cinq modes procéduraux distincts, les cinq « actions de la loi ». Les plaideurs devaient s'adresser au magistrat selon des formes précises, qu'il fallait observer strictement, selon un *formalisme* caractéristique de toutes les procédures primitives – souvenir de l'époque où les mots du droit étaient censés avoir été dictés par les dieux. Le magistrat contrôlait la régularité formelle de la demande, après quoi il désignait un juge pour trancher le procès. Fait remarquable : ce n'est pas le magistrat, homme public, qui jugeait les procès, mais un particulier, choisi parmi les notables. Le juge entendait les parties, se faisait une opinion, puis rendait sa sentence. Cette division du procès civil en deux phases – l'une devant le magistrat, l'autre devant un juge – durera jusqu'à l'Empire. Lorsque le préteur remplace le consul, au milieu du iv<sup>e</sup> siècle av. J.-C., la procédure ne change pas. Si le plaideur se réfère à une action prévue

par la loi, le préteur lui donne un juge ; si en revanche la demande ne correspond pas exactement à l'une des cinq « actions de la loi » disponibles, le procès ne peut pas avoir lieu. *Pas d'action, pas de procès*. Mais au cours du <sup>iii</sup>e siècle, la rigidité de ce système devient de plus en plus gênante. Avec le développement de la puissance romaine, l'extension du territoire, l'accroissement des richesses, l'afflux dans la Ville d'étrangers de plus en plus nombreux..., de nouveaux types de litiges surgissent, que la vieille procédure ne permet plus de résoudre. Il a donc fallu l'assouplir, et ce faisant la transformer profondément : ce fut le rôle du préteur.

Puisque les actions de la loi sont insuffisantes, le préteur crée de nouvelles actions, et par là de nouvelles manières de dire le droit, au fur et à mesure que le besoin s'en fait sentir. Comment s'y prend-il ? En mettant au point, avec l'aide des juristes de métier qui forment son conseil, une *formule* : c'est une sorte de petit programme (il tient en quelques lignes) par lequel le préteur, en désignant le juge, lui indique de quelle manière, à défaut d'action de la loi, il peut trancher le litige. On qualifie cette nouvelle procédure de *formulaire*. Dans un premier temps, le préteur est parti des actions existantes pour les assouplir, les élargir, en étendre l'application à des cas nouveaux. Après quoi il a élaboré des actions out à fait nouvelles, sans aucun lien avec les actions existantes. Ainsi sont apparues, à côté des actions prévues par la loi (ou *actions civiles*), des actions résultant de l'initiative du préteur, les *actions prétorienne*s. Les préteurs ont pris l'habitude d'annoncer dans l'édit qu'ils prenaient chaque année au moment de leur entrée en fonction les innovations qu'ils comptaient introduire dans le droit. L'édit du préteur comporte donc la liste des actions que ce magistrat s'engageait à délivrer aux plaideurs qui lui en feraient la demande. Bien sûr cette liste n'était pas bouleversée chaque année : chaque préteur reprenait les actions introduites par ses prédécesseurs en y ajoutant simplement quelques innovations, le plus souvent à l'instigation des jurisconsultes ou du Sénat. Le droit prétorien fut ainsi une création continue. Prenant place à côté du droit civil proprement dit, il a permis un profond renouvellement du droit romain.

Le droit prétorien est aussi appelé « droit honoraire », car il émane d'un magistrat (titulaire d'un « honneur »). On parle aujourd'hui de « droit prétorien », et même de « droit honoraire », pour désigner la jurisprudence créatrice des tribunaux (l'apport propre des juges, la manière dont ils appliquent la loi). Mais ce rapprochement n'est pas complètement exact, car le préteur romain n'était pas un juge au sens strict. En même temps, le mot *jurisprudence* par lequel nous désignons aujourd'hui les décisions des tribunaux est lui-même en décalage par rapport au sens romain de ce terme, comme on va le voir maintenant.

## 2. Les débuts de la jurisprudence

La jurisprudence, c'est d'abord, au sens étymologique, la connaissance du droit : *juris/prudentia*. Une connaissance avisée, réfléchie, sage : toutes nuances qui sont contenues dans le mot *prudentia*. Elle est développée à la fin de la République par des « sages en droit » que l'on désigne à la fois comme *jurisprudents* et *jurisconsultes* : car tout en menant une réflexion *prudente* sur le droit, ce sont aussi des spécialistes que les particuliers peuvent venir *consulter* sur des questions pratiques. En somme, ce qu'on appelle à Rome la jurisprudence correspond exactement à ce qu'est pour nous la *doctrine* : la réflexion fondamentale sur le droit, justifiant à l'occasion une activité de consultation. À Rome ces consultations étaient appelées des « réponses », *responsa*.

Au début de la République seuls les pontifes, premiers spécialistes du droit, pouvaient donner des consultations. À la fin du iii<sup>e</sup> siècle av. J.-C., le collège pontifical perd son monopole juridique et l'on voit apparaître, après l'an 200, les premiers jurisconsultes laïcs. Ce sont, au début, de purs praticiens : des hommes qui *pratiquent* le droit en répondant à des questions posées par leurs clients. Peu à peu cependant, au cours du ii<sup>e</sup> siècle, après la conquête de la Grèce par les Romains, la culture grecque pénètre en Italie. Les jurisconsultes se mettent à lire Platon, Aristote, les Stoïciens. Et ils deviennent alors, au sens plein du mot, « jurisprudents ». Appliquant au droit les catégories générales de la philosophie, ils dépassent l'approche casuistique (le cas par cas) pour découvrir des *notions* abstraites. Ils passent ainsi du niveau de la simple pratique à celui de la *théorie* du droit. Ils publient non seulement leurs consultations, mais aussi des commentaires sur le droit en vigueur, civil et prétorien. Leurs ouvrages se veulent logiques : il s'agit d'abord d'exposer les règles, telles qu'elles apparaissent dans les divers rapports de droit, puis de les classer, de les comparer, éventuellement de les hiérarchiser. Rien de rigide, cependant, ni de systématique : c'est Cicéron qui a le mieux défini le rôle des jurisconsultes en disant qu'il leur revenait de « transformer le droit en art ». Mais cet art n'est pas seulement un exercice intellectuel plus ou moins brillant, il reste toujours lié à la pratique : c'est l'art de l'artisan. De fait, les « jurisprudents » romains prennent une part active à la vie juridique en donnant des consultations, en rédigeant des actes juridiques, en dirigeant des procès pour le compte d'un particulier. Et surtout, ce sont eux qui conseillent les prêteurs successifs et qui leur inspirent, selon les besoins du moment, ces nouvelles formules judiciaires qui ont fait si profondément évoluer le droit. C'est ce va-et-vient continu de la pratique à la théorie qui explique la grande

fécondité de la jurisprudence romaine à la fin de la République.

Mais le droit évolue avec le régime politique : la transformation de la République en un régime où l'empereur, premier magistrat, s'impose désormais à tous les autres, ne pouvait pas ne pas avoir de conséquences dans le champ juridique. Alors que la jurisprudence va atteindre son apogée, la loi votée par les comices et l'édit du préteur connaissent un rapide déclin. Les comices ne sont plus réunis au-delà du 1<sup>er</sup> siècle de notre ère. Quant à l'édit du préteur, il se fige peu à peu : les préteurs successifs se contentent de le recopier sans modification d'une année à l'autre et vers l'année 130 l'empereur Hadrien demande au jurisconsulte Julien d'en donner une édition définitive. Si la loi votée par le peuple disparaît, si l'édit du préteur n'évolue plus, c'est qu'une autre source créatrice de droit a pris la relève. Cette autre source, dès lors de plus en plus puissante, c'est bien sûr l'empereur.

### 3. L'empereur, source du droit

L'empereur hérite de l'ancien pouvoir législatif du peuple, mais par étapes. Au début du Principat il partage ce pouvoir avec le Sénat, qui légifère sous formes de sénatus-consultes « demandés » par l'empereur. Mais après l'an 200 le Sénat s'efface et le prince apparaît désormais comme la seule source créatrice de droit. L'empereur dit le droit par le biais de décisions personnelles que l'on appelle dès le milieu du second siècle des *constitutions*. Une constitution impériale, comme le dit le jurisconsulte Gaius vers 160, c'est ce que le *princeps* a « constitué » (*constituit*). Ce mot contient la racine *st* qui implique la stabilité (*sto*, *stare*), c'est-à-dire la permanence (c'est aussi la racine du mot « État », *status*). On distingue quatre sortes de constitutions : les édits, les décrets, les mandats et les rescrits. D'abord, comme tout magistrat, le prince a le *jus edicendi*, le droit de promulguer des *édits*, prescriptions d'ordre général. Très vite cependant les édits de l'empereur se distinguent de ceux des autres magistrats à deux égards : d'une part, ils peuvent intervenir à tout moment (et pas seulement lors de son entrée en fonctions) ; d'autre part, ils sont permanents (alors que les édits des magistrats ordinaires ne s'appliquent que pendant l'année où ils sont en charge). À côté de ces prescriptions générales, l'empereur prend aussi des décisions particulières. Les unes sont de nature judiciaire : ce sont les *décrets*, jugements rendus par le prince dans le cadre de son conseil. D'autres sont des instructions administratives envoyées par l'empereur à ses fonctionnaires : ce sont les *mandats*. Enfin l'empereur peut dire le droit par *rescrit*. Il s'agit d'une réponse faite par le prince à une question d'ordre juridique ou administratif



qui lui a été posée, en général par un fonctionnaire. La réponse est écrite au bas de la lettre même qui contenait la question – d'où le terme de « rescrit » : *re/scriptum*, ce qui est écrit en retour. On a rapidement considéré qu'une réponse de l'empereur concernant un cas particulier avait vocation à régler toutes les affaires du même type : ainsi les décisions de l'empereur se rapprochent peu à peu de la loi.

De fait, dès le milieu du ii<sup>e</sup> siècle, on leur reconnaît une autorité comparable à celle de l'ancienne loi votée par le peuple : pour Gaius, la constitution impériale « a valeur de loi ». Au début du iii<sup>e</sup> siècle, Ulpien, l'un des derniers grands jurisconsultes, cisèle une formule qui aura un grand avenir : « Ce qui a paru convenable au prince a force de loi » (*Quod principi placuit legis vigorem habet*). Comprenons : ce que veut le prince, et qu'il exprime par un acte public, doit être désormais considéré comme une loi. Gaius et Ulpien justifient leur position par un argument qui prendra par la suite une importance considérable : si le prince peut « faire la loi », c'est parce que le peuple romain, autrefois titulaire du pouvoir législatif, le lui a expressément *délégué* ; et cette délégation a été opérée par la loi d'investiture de l'empereur, la *lex de imperio* (« loi [votée] au sujet de l'*imperium* »). C'est ce qu'Ulpien explique juste à la suite des mots que nous venons de citer : « ... en effet, en vertu de la "loi royale" (*lex regia*) qui a été portée au sujet du pouvoir suprême (*imperium*), le peuple [romain] a conféré [à l'empereur] tout son pouvoir (*imperium*) et toute sa puissance (*potestas*). » Ce fragment (repris par Justinien dans le *Digeste* : D. 1, 4, 1, pr.) sera l'un des textes fondateurs de la pensée politique médiévale.

## 4. Apogée de la jurisprudence classique

L'art des juristes atteint son apogée sous le Principat, du début du i<sup>er</sup> siècle au milieu du iii<sup>e</sup>. Labéon, contemporain d'Auguste, perfectionne la méthode en dégagant la notion de « règle de droit » (*regula*). Ce mot ne désigne pas, comme aujourd'hui, un ordre émanant de l'autorité publique (un commandement), mais simplement un état du droit que l'on peut décrire à partir de l'*observation* des cas. Partir des cas concrets pour dégager des règles, tel est le travail du juriste. Mais ces règles ne sont pas toujours évidentes ; le sens des mots, le contenu des notions ne sont pas toujours clairs. D'où des discussions, des controverses, voire des disputes. C'est le propre, à toute époque, de la doctrine ; c'est par là qu'elle est utile au développement du droit. Pour s'en tenir ici aux juristes les plus célèbres, on peut citer Julien, contemporain d'Hadrien, rédacteur de la version définitive de l'édit du

préteur ; à la génération suivante, Gaius ; enfin, à l'époque des Sévères, Papinien, Paul et Ulpien. Ces derniers furent non seulement de grands juristes, mais aussi des auxiliaires très proches des empereurs. Papinien et Ulpien ont occupé la fonction de préfet du prétoire (c'était l'adjoint le plus direct de l'empereur). Leur œuvre, largement sauvée de l'oubli par son insertion dans le *Digeste* de Justinien, est abondante et multiforme : à côté des classiques recueils de consultations (*Responsa*), ils composent des *Disputationes* (discussions de points controversés), des recueils de « Règles », des manuels d'enseignement appelés « Institutes » (*Institutiones* : du verbe *instituere*, enseigner), des commentaires de l'édit du préteur (*Libri ad Edictum*), des ouvrages faisant la synthèse du droit civil et du droit prétorien appelés *Digestes* (mot qui signifie « mise en ordre »), etc. Particulièrement importantes sont les Institutes de Gaius (v. 160), et celles d'Ulpien (au début du iii<sup>e</sup> siècle). À côté de leur œuvre personnelle, ces juristes ont joué un grand rôle, au sein du conseil du prince, dans l'élaboration de la législation impériale.

Après le milieu du iii<sup>e</sup> siècle, la grande époque de la jurisprudence romaine est close. Désormais les juristes n'ont plus d'existence autonome : ils sont enrôlés au service de l'État, selon un processus commencé à l'époque sévérienne. Au Bas-Empire, une doctrine de second ordre persistera dans les grandes écoles de droit des deux capitales (Rome et Constantinople), ainsi qu'à Athènes et à Beyrouth. En 426, une loi de Théodose II (dite « loi des citations ») consacre officiellement l'autorité de cinq grands jurisconsultes disparus depuis près de deux siècles : Gaius, Paul, Ulpien, Papinien et Modestin, dont l'opinion, dans certaines conditions, peut s'imposer aux juges. En donnant ainsi force de loi à l'ancienne jurisprudence, non seulement la loi des citations soulignait le profond dépérissement de la doctrine contemporaine, mais en même temps elle rendait manifeste *la mainmise de l'État sur la totalité du droit* : c'est la caractéristique essentielle du droit romain tardif, celui du Bas-Empire.

## IV. Le droit romain tardif

### 1. L'inflation des lois

À la fin du iii<sup>e</sup> siècle s'ouvre une nouvelle époque, marquée par l'alourdissement du pouvoir impérial. L'empereur est désormais la source unique du droit. Au iv<sup>e</sup> siècle, on dit qu'il est la « loi vivante ».

Les lois impériales se multiplient tout au long des iv<sup>e</sup> et v<sup>e</sup> siècles, aussi bien en Occident qu'en Orient. Dans un contexte profondément troublé par les menaces extérieures, la crise des anciennes valeurs, le repliement économique, l'État réagit par la multiplication des règles. Il légifère sur toute sorte de matières : l'organisation familiale, la vie des métiers, la condition des paysans, l'administration locale, la religion, le transport des marchandises, le protocole de la cour impériale, etc. C'est un effort continu pour encadrer et contrôler autoritairement la totalité de la vie sociale, y compris dans ses aspects les plus privés. Du coup, les lois prolifèrent, formant une masse de plus en plus difficile à manier.

C'est pour tenter de mettre de l'ordre dans ce chaos législatif qu'apparaissent, à la fin du iii<sup>e</sup> siècle, les premières *compilations*. On appelle ainsi des recueils de décisions classées dans un certain ordre, ce classement permettant de les retrouver plus aisément. Vers 292, sont publiés deux *Codes*, œuvres privées des juristes Grégoire et Hermogène : ce sont les Codes hermogénien et grégorien. Il faut s'arrêter un instant sur le mot « code », qui fait son apparition à ce moment-là dans le vocabulaire juridique. Ce terme, à vrai dire, n'est pas propre au droit. Il désigne en général une nouvelle manière de présenter les textes écrits : celle qui nous est aujourd'hui la plus familière, celle du livre. Jusqu'au ii<sup>e</sup> siècle en effet, la forme la plus fréquente était celle du rouleau (*volumen*, le « volume ») ; pour lire, il fallait dérouler le texte d'un côté et l'enrouler de l'autre. Au iii<sup>e</sup> siècle, se répand la nouvelle technique du *codex* : une série de feuilles distinctes, rectangulaires, superposées et reliées ensemble par un côté. Ce fut une véritable révolution, d'abord parce que les anciens volumes, désormais démodés, durent être massivement retranscrits sur des codes ; mais aussi parce que cette nouvelle présentation rendait plus facile la consultation d'un texte abondant. C'est pour cette raison de commodité que le mode du *codex* a été rapidement adopté par les juristes, au point que le mot « code » est devenu par excellence (mais non exclusivement) un terme de droit.

Les codes des années 290, œuvres privées, n'avaient qu'une ambition modeste : rendre service aux praticiens du droit. Toute autre est la compilation officielle due à l'empereur d'Orient Théodose II, le *Code théodosien*. Décidée en 429, confiée à une commission de 16 membres, elle est achevée en 438 et promulguée à la fois en Orient et en Occident. Il s'agissait de rassembler selon un plan systématique toutes les constitutions impériales promulguées depuis Constantin. La matière est répartie en 16 livres, eux-mêmes divisés en titres ; dans chaque titre, les lois sont classées par ordre chronologique. Le Code théodosien restera en vigueur en Occident jusqu'à la fin de l'Empire et

au-delà, sous des formes abrégées ; en Orient, il s'est appliqué jusqu'à la promulgation du Code de Justinien.

## 2. La compilation de Justinien

On parle de compilation ou de « codification » justinienne, en prenant ce dernier mot dans un sens large, comme regroupement et mise en ordre de textes juridiques existants (c'est ce que l'on appelle aujourd'hui la « codification à droit constant », par opposition à la codification *créatrice* dont il sera question au chapitre IV). L'œuvre de Justinien revêt une énorme importance pour toute l'histoire des droits européens jusqu'à nos jours. En effet, l'empereur a voulu faire la somme de tout le droit romain depuis ses origines pour le transmettre, comme un héritage précieux, à la postérité. Et c'est en effet ce qui est advenu. Justinien a régné sur l'Empire d'Orient de 527 à 565. Il rêvait de restaurer l'Empire romain dans son antique splendeur et d'abord d'en rétablir l'unité. Il entreprit de reconquérir l'Occident alors aux mains des Barbares et réussit à reprendre pied en Illyrie (côte est de l'Adriatique), en Italie, en Sicile, en Afrique et jusqu'au sud de l'Espagne. Mais sa grande idée était la restauration juridique. Ce fut un immense chantier, ouvert dès 528 et confié à un ancien professeur de droit devenu « questeur du Sacré Palais », Tribonien. Autour de Tribonien ont travaillé les plus éminents spécialistes, professeurs, fonctionnaires du Palais, avocats. La compilation justinienne comporte trois éléments.

### A) Le Code

Le premier travail de la commission de rédaction fut la confection d'un nouveau *Code*. De fait, celui de Théodose était dépassé : depuis près d'un siècle, une masse considérable de constitutions nouvelles s'était ajoutée aux précédentes. La commission travailla vite, réutilisant le Code théodosien pour la partie ancienne, le complétant pour la période postérieure. Il fut achevé en avril 529 mais très vite remis sur le métier pour être complété. Seule, à vrai dire, cette seconde version, publiée le 16 novembre 534, nous est parvenue.

### B) Le *Digeste* (ou, en grec, *Pandectes*)

C'est un recueil soigneusement « mis en ordre » de la jurisprudence romaine. Il s'agissait de mettre à la disposition des juristes, dans un but de restauration du droit, les extraits les plus significatifs des

grands jurisconsultes du passé. Une commission de juristes éminents, que Justinien présida parfois en personne, devait sélectionner les passages les plus significatifs ou les plus utiles. Comme l'empereur l'explique lui-même, la commission a opéré une réduction au 1/20<sup>e</sup> de la documentation existante : sur trois millions de lignes, elle en a retenu 150 000, soit plus de 9 000 fragments. Les œuvres de 38 jurisconsultes, représentant 1 600 ouvrages, ont été mises à contribution. Les auteurs les plus cités sont Gaius, Paul, Papinien et surtout Ulpien, qui arrive largement en tête. Si chaque fragment est individualisé par une référence précise, la fidélité aux sources n'est pas tout à fait complète. En effet, Justinien avait expressément prescrit à la commission de faire en sorte que les divers fragments soient coordonnés entre eux en éliminant les éventuelles contradictions. C'est dire que Tribonien et ses collaborateurs ont parfois modifié les textes en y introduisant des passages nouveaux que la critique moderne a appelé des « interpolations ». Ils ont d'ailleurs procédé de la même manière pour le Code. Comment reconnaître ces adjonctions, comment retrouver le texte original ? C'est un exercice difficile, qui a longtemps constitué le passe-temps favori des romanistes. Divisé en 50 livres (eux-mêmes subdivisés en titres, fragments et paragraphes), le *Digeste* fut promulgué le 16 décembre 533 par la constitution *Tanta*, dans laquelle Justinien se targue d'avoir réalisé « ce qui paraissait tout à fait impossible à l'esprit humain : ... ramener à l'unité et à l'harmonie le droit de Rome, depuis la fondation de la Ville jusqu'à notre époque, c'est-à-dire pendant quatorze siècles ».

### C) Les *Institutes*

Il ne servait à rien de restaurer le droit si l'on ne restaurait pas aussi l'enseignement du droit. C'est la raison pour laquelle Justinien a demandé à trois professeurs de droit (dont Tribonien) de rédiger des *Institutes*. Ce manuel est adressé « à la jeunesse avide des lois ». Le manuel de Justinien a été promulgué le 21 novembre de la même année 533, précédé d'une préface remarquable, la constitution *Imperatoriam Majestatem*. La première phrase de cette préface, qui met en parallèle la puissance des lois et la force des armes, restera célèbre : « La Majesté impériale ne doit pas seulement être illustrée par les armes, elle doit aussi être armée par les lois : ceci afin que l'État soit correctement gouverné à la fois en temps de paix et en temps de guerre ; que le prince non seulement soit victorieux de ses ennemis dans les batailles mais aussi qu'il réprime les iniquités des calomnieux par la sagesse de ses lois ; et qu'il se rende aussi recommandable par le droit que magnifique par ses victoires. »

Après l'année 533, Justinien a encore régné plus de trente ans, et continué à légiférer. Ce sont ces constitutions postérieures au Code (il y en a 158) qui ont été par la suite réunies dans un nouveau recueil appelé *Novelles* (« nouvelles » constitutions), que les juristes médiévaux considéreront comme un quatrième élément de la compilation. Celle-ci sera désignée à partir du xvi<sup>e</sup> siècle comme *Corpus juris civilis*, le « corps du droit civil ».

Promulguée théoriquement pour tout l'Empire romain (et même « pour tous les peuples »), la compilation justinienne ne fut vraiment connue qu'en Orient et, brièvement, dans une partie de l'Italie. Pour plusieurs siècles, en fait de droit romain, l'Occident en est resté au Code théodosien et à ses succédanés. Et c'est seulement à la fin du xi<sup>e</sup> siècle que le droit de Justinien fut retrouvé en Italie, puis passionnément étudié ; ce qui provoqua un bouleversement juridique considérable dont il sera question dans le chapitre suivant.

## V. L'Église chrétienne et son droit

Fondée en Palestine par Jésus (crucifié vers l'an 30), l'Église chrétienne s'organise peu à peu, puis s'étend dans tout le monde romain au fur et à mesure des conversions. Mal vu dès le début par l'État romain, le christianisme est ensuite combattu et les chrétiens sont persécutés de plus en plus durement, surtout au iii<sup>e</sup> siècle. Tout change avec Constantin, qui décide d'abord de tolérer le christianisme (« édit » de Milan, 313) puis, devenu chrétien lui-même, de le favoriser. Dès lors, le christianisme ne tarde pas à devenir religion dominante. Et voici qu'en 380, par l'édit de Thessalonique, Théodose I<sup>er</sup> en fait la religion officielle de l'État. Désormais ce sont les anciens cultes qui sont combattus : leurs temples sont fermés, leurs biens transférés à l'Église, leurs prêtres pourchassés. Ce rapprochement rapide entre l'Église chrétienne et l'État romain ne pouvait rester sans conséquences. Tout en restant distinctes, les deux institutions s'influencent mutuellement : alors que l'État se christianise, l'Église se romanise. Elle s'organise comme institution, puis se dote d'un droit propre.

### 1. L'Église comme institution

Dès le 1<sup>er</sup> siècle, l'Église s'organise dans un cadre local : il y a au début *des églises*, c'est-à-dire des « assemblées » de fidèles, placées chacune sous la responsabilité d'un « surveillant » choisi par la communauté. Ce surveillant – en grec : *episcopos* –, ce sera l'évêque (*episcopus* en latin). Mais les différentes églises, avec leurs évêques, font partie d'un ensemble qui a vocation à l'universalité : l'Église *catholique*. Même si elle constitue ce que l'on appellera plus tard un « corps mystique », l'Église n'en est pas moins aussi une institution humaine. Et elle reproduit dans son organisation, tout naturellement, le modèle qu'offre l'État. C'est ainsi que le « surveillant » de l'assemblée des Chrétiens de Rome – l'évêque de Rome – affirme peu à peu sa primauté par rapport aux autres évêques. L'évêque de Rome, que l'on appellera plus tard le *pape* (ce terme, qui signifie *père*, s'appliquait au départ à tous les évêques), n'a toutefois au début qu'une prééminence morale sur les autres évêques. L'autorité doctrinale réside dans les assemblées d'évêques, appelées *conciles* ou *synodes*. En 325, à l'initiative de l'empereur Constantin, une assemblée de tous les évêques de l'Empire eut lieu à Nicée : c'est ce premier concile « œcuménique » (universel) qui a précisé les points essentiels du dogme chrétien.

En même temps, l'Église s'organise sur le territoire de l'Empire, et là aussi elle se coule dans les cadres administratifs de l'État. L'autorité des évêques, au départ purement morale, prend peu à peu une dimension juridique et revêt l'aspect d'une juridiction : l'évêque est en effet appelé à « dire le droit » entre chrétiens. Cette juridiction s'inscrit dans un ressort territorial qui épouse naturellement les limites des circonscriptions administratives : en Occident, celles des cités, subdivisions de base des provinces. On appellera bientôt les circonscriptions ecclésiastiques des *diocèses*. Ceux-ci sont ensuite regroupés dans le cadre des *provinces ecclésiastiques* (qui correspondent exactement aux provinces administratives). À la tête de ces provinces se trouve un évêque doté de responsabilités particulières, l'évêque métropolitain (qui deviendra « archevêque » à l'époque carolingienne). Quant au personnel ecclésiastique lui-même – l'ensemble des *clercs*, qui forme le *clergé* –, il s'organise aussi sur le modèle propre à l'État romain, un modèle de type hiérarchique. De même que les fonctionnaires publics sont organisés en corps strictement hiérarchisés, le clergé se structure en « ordres » superposés – sept en tout. Il est inutile ici de détailler davantage l'organisation institutionnelle de l'Église. Il suffit de retenir l'essentiel : l'extraordinaire *mimétisme* qui a conduit le nouveau pouvoir à se modeler sur l'ancien et qui a fait de l'organisation ecclésiastique, pour les siècles à venir, une sorte de *conservatoire des institutions impériales*.

Mais l'Église n'a pas seulement des institutions propres, elle a aussi son droit particulier.

## 2. Les débuts du droit canonique

Le droit de l'Église prendra au Moyen Âge une importance considérable puisqu'il constituera, à côté du droit romain, un « droit commun » européen. À l'époque romaine ce droit est encore embryonnaire, pour deux raisons. D'une part, aux trois premiers siècles, l'Église est contrainte à une vie discrète ; des usages simples suffisent donc à régler sa vie. D'autre part, à partir de Constantin, elle se développe dans l'ombre d'un État autoritaire et gros producteur de droit, de sorte que l'Église préfère influencer le droit étatique plutôt que développer systématiquement un droit propre. Toutefois, dans la mesure où l'institution ecclésiastique est distincte de l'État, il faut bien qu'elle se dote de règles de fonctionnement particulières. Naturellement, pour les Chrétiens, la première source normative est constituée par la Bible. Dès les débuts de l'Église, les Apôtres avaient décidé que les prescriptions proprement juridiques de l'Ancien Testament et en particulier les « codes » contenus dans les premiers livres de la Bible, à la seule exception du Décalogue, ne les concernaient plus. À plusieurs reprises en effet le Christ avait condamné certaines de ces règles – loi du talion, lapidation de la femme adultère –, et le principe même d'une observation littérale de la loi : « La lettre tue, l'esprit fait vivre. » Comme l'Évangile ne contient à peu près aucune prescription proprement juridique, il revenait à l'Église elle-même d'élaborer son droit propre à partir des grands principes de la Foi.

L'édiction d'une « législation » proprement dite est d'abord le fait des conciles. Leurs décisions sont appelées « canons » (d'où l'expression « droit canonique » qui s'imposera plus tard). Puis ce sont les papes qui, modestement, répondent aux questions que leur posent d'autres évêques, à propos d'affaires précises concernant leurs diocèses. Les réponses écrites du pape sont appelées à la fin du iv<sup>e</sup> siècle « lettres décrétales » et par abréviation *décrétales*. Ce terme souligne la parenté de ces textes avec les décrets de l'empereur, bien qu'en réalité les décrétales reproduisent plutôt la technique du rescrit. De fait, on voit apparaître auprès du pape une administration, une « chancellerie », organisée sur le modèle de la chancellerie impériale.

Après avoir été ignorée ou persécutée par l'État romain durant trois siècles, l'Église est devenue elle-même *romaine*. Au début du Moyen Âge, du moins en Occident, elle apparaît ainsi comme l'héritière de



l'Empire disparu. Héritière de ses structures, de sa langue, parfois de ses ambitions, en face d'États nouveaux qui, eux aussi, se voudront les héritiers de Rome. L'histoire des siècles suivants, dans l'ordre politique, culturel, juridique..., sera celle de cet héritage partagé : c'est pourquoi, plutôt que des « temps barbares », ces premiers siècles du Moyen Âge apparaissent à beaucoup d'égards comme un prolongement de l'Antiquité : une « Antiquité tardive ».

# Chapitre II

## Les droits du Moyen Âge

À la fin du iv<sup>e</sup> siècle la division entre l'Occident et l'Orient est devenue définitive. Monde grec et monde latin ont dès lors évolué séparément, et même de façon divergente. L'empire d'Orient, « romain » par son origine, grec par sa langue, est un empire chrétien. Mais le christianisme oriental développe ses propres rites, ses traditions autochtones, ses particularités théologiques. Le dernier pas sera franchi en 1054, lorsque les églises orientales refuseront de reconnaître la primauté de l'évêque de Rome et se sépareront de l'Église catholique : c'est le schisme oriental. En Occident, l'Empire romain s'effondre au cours du v<sup>e</sup> siècle. L'installation de divers peuples germaniques conduit à de nouvelles structures politiques, les royaumes dits « barbares ». Ce qui caractérise ces royaumes, c'est la juxtaposition de deux sortes de populations : les autochtones, largement majoritaires, que les textes qualifient désormais de « romains » ; et les nouveaux venus, les « barbares ». Dans une première phase, chacun de ces « peuples » a appliqué son propre droit. Les *lois* (au sens très large de système juridique) ont en principe un caractère *ethnique* : chacun suit le droit du peuple auquel il appartient. Après quelques siècles cependant, et en tout cas au ix<sup>e</sup> siècle, les distinctions liées à l'origine s'estompent, les peuples se mélangent, l'attache territoriale finit par l'emporter sur l'appartenance ethnique : on passe de la *personnalité des lois* à la *territorialité du droit* (I). Dès lors, partir du xi<sup>e</sup> siècle, le droit de l'Europe occidentale s'organise en une mosaïque de coutumes territoriales, de droits locaux, de « privilèges et franchises » (II). Mais au cours du xii<sup>e</sup> siècle un autre facteur intervient, qui bouleverse la vie du droit et la conception que l'on s'en fait : c'est la renaissance du droit romain et, dans son sillage, l'essor remarquable du droit canonique, ces deux « droits savants » qui forment encore aujourd'hui la base de la plupart des droits nationaux de l'Europe continentale (III).

### I. Personnalité et territorialité

# du droit (v<sup>e</sup>-x<sup>e</sup> siècle)

## 1. L'installation des Germains

Il s'agit d'événements complexes, qu'il nous faut évidemment simplifier. Les Germains vivaient depuis des siècles à l'extérieur de l'Empire romain, de l'autre côté de la frontière (le *limes*). « Barbares », donc, par leur origine, mais attirés depuis longtemps par la civilisation romaine. Ils avaient effectué des intrusions violentes dans les Gaules dès le i<sup>er</sup> siècle av. J.-C., puis à nouveau au iii<sup>e</sup> siècle. Repoussées par les Romains, certaines tribus avaient été ensuite autorisées à s'établir à l'intérieur de l'Empire comme « déditices » et intégrées dans le dispositif romain de défense de la frontière.

Là-dessus, à la fin du iv<sup>e</sup> siècle et au début du v<sup>e</sup>, se déclenchent les invasions proprement dites. La marche des peuples germaniques vers l'ouest a été provoquée par l'approche des Huns, un peuple asiatique qui s'était mis en mouvement vers l'Europe depuis au moins le milieu du iv<sup>e</sup> siècle, précédé d'une terrible réputation. Dès 376, les Wisigoths franchissent le Danube, pour se réfugier derrière le *limes* romain. En 406, ce sont les Vandales, accompagnés par leurs alliés Alains et Suèves, qui franchissent le Rhin, bousculent les Francs et traversent les Gaules, passant en Espagne, puis en Afrique. Au même moment, les Burgondes s'installent dans la région alpine. En 410, Rome est prise et pillée par les Wisigoths (ou « Goths de l'Ouest ») conduits par Alaric – choc formidable, comme en témoignent les lettres de saint Jérôme et de saint Augustin. Pour autant, le sac de Rome ne met pas fin à l'Empire. L'empereur Honorius, l'un des fils de Théodose I<sup>er</sup>, conclut avec les Wisigoths un traité qui en fait des alliés de Rome (des *foederati* : peuples liés à Rome par un *foedus*) et leur permet de s'installer en Espagne et dans la partie sud-ouest de la Gaule. Dès lors, ils deviennent rapidement autonomes, au point de constituer dès les années 470 un royaume indépendant. L'évolution est la même pour les Burgondes quelques années après. Des Germains se sont aussi installés en Italie. En 476, un général barbare nommé Odoacre dépose le dernier empereur romain d'Occident et renvoie à Constantinople les insignes du pouvoir impérial. Ce geste pouvait signifier que l'unité de l'Empire était reconstituée entre les mains de l'empereur d'Orient, Zénon ; cela signifiait beaucoup plus sûrement que les chefs des royaumes occidentaux, tout en reconnaissant la supériorité toute théorique de l'empereur, étaient désormais seuls maîtres chez eux. Il faudra attendre l'an 800, et Charlemagne, pour que renaisse l'empire

d'Occident.

Il faut ici remarquer que, contrairement à ce qu'on pourrait croire, l'installation des Germains ne s'est pas faite, sauf sans doute au moment de leur arrivée, dans le désordre et la violence. Après le pillage de Rome en 410, l'État romain s'efforce d'organiser l'accueil des barbares en leur appliquant un régime juridique précis : celui de l'*hospitalitas*, l'hospitalité. Bien qu'ils n'aient pas été précisément invités, les Germains sont considérés comme des « hôtes » de Rome. L'empereur oblige les grands propriétaires à partager leurs domaines, selon des règles précises, avec les chefs barbares. Il y a là un exemple très remarquable de gestion d'une situation de crise par le droit, et de la vertu pacificatrice du droit.

Lorsque s'efface l'empire d'Occident, l'Europe latine se répartit en royaumes ou principautés indépendants. Le territoire de la Gaule est lui-même divisé de la façon suivante : au nord, c'est le petit royaume des Francs, depuis longtemps en relation avec Rome ; au sud-est, autour de l'axe Saône-Rhône, le royaume des Burgondes ; au sud-ouest, celui des Wisigoths, qui englobe aussi toute l'Espagne ; au centre, de la Somme à la Loire, un général romain nommé Syagrius maintient un vestige de province romaine autonome. Telle était la situation en 481, au moment où Clovis devient roi des Francs. À sa mort, en 511, le royaume des Francs s'étendra du Rhin aux Pyrénées.

## 2. Naissance de la France

Il n'est pas utile ici de raconter en détail comment Clovis, simple roi des Francs saliens en 481, a étendu son autorité, en moins de trente ans, sur l'ancienne Gaule romaine presque tout entière, faisant ainsi du royaume des Francs la préfiguration de la France actuelle – ou, pour mieux dire, sa première forme. On se bornera aux principales étapes, jalonnées par une série de victoires. C'est d'abord l'armée romaine de Syagrius qui est battue en 486 près de Soissons ; puis c'est le tour des Alamans, vaincus à Tolbiac en 496. À l'égard du puissant royaume wisigoth, qui tenait tout le pays au sud de la Loire, la question n'était pas seulement militaire ; elle présentait aussi une dimension religieuse essentielle. En arrivant dans l'Empire, les Germains étaient animés d'un très fort désir d'assimilation. À leurs yeux, la civilisation romaine était la civilisation tout court. Elle se caractérisait par plusieurs traits : la vie dans des cités (dans « civilisation » il y a *civitas*, la « cité ») ; l'usage d'une langue écrite, le latin ; et aussi bien sûr le christianisme – désormais devenu un élément constitutif de la romanité. Ainsi la conversion au

christianisme apparaissait-elle comme une étape obligée dans l'adhésion au modèle romain. Ce pas fut rapidement franchi, au moins par les chefs et leurs principaux soldats. Or, si les Germains qui occupaient le sud de la Gaule – Wisigoths et Burgondes – avaient bien adopté la religion chrétienne, ils avaient adhéré à une variante du christianisme que l'Église considérait comme hérétique, l'arianisme : à la suite du prêtre Arius, les ariens refusaient de reconnaître la nature divine du Christ et donc le dogme de la Trinité. Brûlant de l'ardeur des néophytes, les rois wisigoths de Toulouse avaient alors déclenché des persécutions contre leurs sujets catholiques, au nom d'une autre interprétation de la foi. Du coup, le pouvoir wisigoth s'était aliéné la masse de ses sujets catholiques et surtout l'appareil de l'Église officielle : son autorité s'en trouvait sensiblement affaiblie.

Le coup de génie de Clovis fut d'opter pour le catholicisme orthodoxe, celui de la majorité des populations méridionales et celui des évêques. Ainsi, lorsqu'il se tourne vers le sud quelque temps après son baptême (reçu à Reims le jour de Noël de l'an 497, 498 ou 499), Clovis est-il assuré du soutien de l'épiscopat et des populations catholiques : en attaquant Alaric II, roi hérétique des Wisigoths, il était reçu au sud de la Loire comme un libérateur. Et la victoire qu'il remporte à Vouillé, en 507, est interprétée comme un signe du Ciel. Voilà donc le roi des Francs maître de la totalité de la Gaule, ou presque : après Vouillé, les Wisigoths se replient jusqu'aux Pyrénées, ne conservant dans les Gaules que la Septimanie (l'actuel Languedoc méditerranéen). Quant au royaume burgonde, déjà soumis *de facto* à Clovis, ce sont ses fils qui l'annexeront au royaume franc dans les années 530.

Du fait de la conquête de la Gaule, le « roi des Francs » (*rex Francorum*) ne règne plus seulement sur « ses » Francs : il gouverne un *territoire*, selon la conception romaine de l'État. Et sur ce territoire coexistent plusieurs « races » (au sens ancien du mot) ou « peuples » : plusieurs *ethnies*. Sur un fond gallo-romain largement majoritaire (entre 15 et 20 millions de personnes ?), l'apport démographique des Germains (Francs, Burgondes, Wisigoths) ne dépasse pas quelques centaines de milliers. Malgré cette disproportion, les Germains se donnent des « lois » propres, tandis que les Romains conservent leur droit à eux : pluralisme juridique.

### 3. La personnalité des « lois »

Les descendants de Clovis (les Mérovingiens) ont régné jusqu'au milieu du viii<sup>e</sup> siècle. En 751, une nouvelle dynastie s'installe, celle des Carolingiens. Dans le royaume mérovingien, puis carolingien, le

régime juridique est celui de la personnalité du droit, ou des *lois* : dans un territoire où coexistent plusieurs ethnies différentes, chacune d'entre elles conserve son droit propre, et chaque personne est jugée selon le droit du groupe ethnique auquel elle appartient. Ce système est caractéristique du haut Moyen Âge, mais il a eu cours, sur d'autres continents, à d'autres époques ; il s'applique encore de nos jours dans certains pays. Dans les tribunaux, tout procès commençait par une question rituelle posée à chaque plaideur : *Sous quelle loi vis-tu ?* La réponse (*Mon père et mes ancêtres vivaient sous telle loi*) déterminait le droit applicable. On distingue traditionnellement deux grands types de « lois » : celle des « Romains » (ce terme désigne évidemment les Gallo-Romains : la population autochtone de l'ex-Gaule romaine) ; et celles des Barbares.

S'agissant d'abord des Romains, on se rappelle que l'empereur Théodose II a promulgué en 438 le grand recueil de constitutions qui porte son nom. Mais le droit des constitutions impériales était complexe, difficile à comprendre et à mettre en œuvre, de sorte que le Code théodosien avait été assorti, dans le courant du <sup>v</sup><sup>e</sup> siècle, de résumés simplificateurs présentés comme des *interprétations* (pas toujours fidèles). En 506, le roi wisigoth qui régnait à Toulouse, Alaric II, promulgue une « loi romaine » pour ses sujets romains. L'objectif affiché dès le préambule est de « faire disparaître toute obscurité dans les lois romaines et le droit » – le nouveau texte se substituant à tout le droit antérieur. On appellera ce texte, à partir du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, le *Bréviaire d'Alaric*. En réalité ce n'est pas une nouvelle rédaction du droit. C'est une compilation, c'est-à-dire une juxtaposition de textes déjà publiés ou connus, dont la majeure partie provient du Code théodosien et de ses interprétations. L'ensemble, à peine classé, est assez hétéroclite. Un an après la promulgation du Bréviaire, Alaric II meurt sur le champ de bataille de Vouillé et Clovis étend son royaume jusqu'aux Pyrénées. Il conserve cependant le legs juridique du Wisigoth vaincu en déclarant le Bréviaire applicable à toute la Gaule. C'est donc ce texte qui constitue désormais le recueil officiel du droit romain pour l'ensemble du royaume franc. Il s'appliquera jusqu'aux <sup>ix</sup><sup>e</sup> et <sup>x</sup><sup>e</sup> siècles, du moins à travers des résumés de plus en plus sommaires, et en prenant des formes de plus en plus locales.

Quant aux lois barbares, on a longtemps cru (et enseigné) qu'elles n'étaient rien d'autre que d'anciennes coutumes ethniques que les Germains auraient conservées en franchissant le Rhin et mises par écrit après leur installation dans l'Empire. Aujourd'hui la plupart des spécialistes tendent au contraire à minimiser la « barbarité » des droits dits germaniques pour en souligner la romanisation plus ou moins poussée. Romanisation formelle, d'abord, puisque ces textes

constituent un droit *écrit*, et écrit *en latin*. Mais aussi romanisation des règles elles-mêmes, comme on va le voir à propos de la loi salique. Jusqu'aux Invasions, les différentes tribus germaniques qui vivaient au-delà du Rhin et du Danube étaient régies par de simples usages oraux qui formaient un droit très sommaire. Ainsi, dans le domaine familial, le mariage résultait exclusivement d'un accord entre deux familles. Dans le domaine pénal, c'était le système de la vengeance privée : la plupart des crimes n'étaient considérés que comme des offenses particulières dont la victime était en droit de se venger elle-même, avec l'aide de ses parents et amis... Au contact de la romanité, les Germains se sont civilisés et leur droit a nécessairement évolué. Après les Invasions, si la rédaction des lois barbares prend acte de la différence culturelle et juridique entre les nouveaux venus et les autochtones, elle contribue aussi à les rapprocher les uns des autres en donnant aux « Barbares » un droit certes distinct de celui des Romains, mais sans doute pas substantiellement différent de ce qu'était devenu, au <sup>ve</sup> siècle, le droit romain « vulgaire » effectivement appliqué dans les provinces.

Ce sont les Germains du sud de la Gaule, Wisigoths et Burgondes, qui ont les premiers rédigé leur droit. La première version de la « loi des Wisigoths » est promulguée en 476 par le roi Euric ; on l'appelle le *Code d'Euric*. Combinant traditions germaniques, droit romain et influence chrétienne, il sera complété aux <sup>vi</sup>e et <sup>vii</sup>e siècles, après le repli du royaume wisigothique sur l'Espagne et y prendra bientôt, grâce à cette évolution, un caractère territorial. Dans le royaume burgonde, c'est le roi Gondebaud qui promulgue autour de 502 une « loi des Burgondes » (parallèle à un autre texte d'inspiration romaine et destiné aux sujets romains du même roi). Mais le texte « barbare » le plus remarquable est évidemment la *loi salique* : c'est la loi personnelle du roi franc, comme telle promise à une notoriété durable – l'expression a même servi à désigner, à la fin du Moyen Âge, la « loi fondamentale » du royaume.

## 4. La loi salique

La loi salique est pour l'essentiel un code pénal, fondé sur le principe des *compositions pécuniaires* : en cas d'infraction, le coupable doit « composer » avec sa victime, c'est-à-dire la dédommager par une somme d'argent ou un bien de valeur équivalente. La loi se présente donc comme un long tarif de réparations fixes. On est ici dans la logique d'un droit pénal de nature privatiste, où l'indemnisation de la victime l'emporte sur la peine publique, sanction du trouble à l'ordre

public. En une série de titres qui se sont allongés avec le temps, la loi salique décrit donc toute sorte d'infractions (atteintes aux biens et aux personnes) et fixe l'indemnisation correspondante. La composition centrale est celle qui concerne l'homicide : c'est le *wergeld*, ou « prix de l'homme ». Le « prix » du Franc ordinaire est ainsi fixé à 200 sous d'or, celui d'un Romain à 100 sous. Le tarif des blessures varie de la même façon, en fonction de leur gravité apparente. Selon le titre XXXII, « pour une main coupée, si la main pend encore », le coupable devra 2 500 deniers (art. 1<sup>er</sup>) ; « si la main a été complètement séparée : 4 000 deniers, qui font 100 sous » (art. 2), etc. – Vu d'aujourd'hui, il s'agit donc bien d'un mode de règlement des conflits très primitif. Et pourtant, la loi salique constitue un grand progrès par rapport à l'ancienne coutume germanique de la vengeance privée illimitée. Ce progrès résulte de l'influence romaine, confortée ensuite par les conceptions chrétiennes.

Selon l'hypothèse très vraisemblable récemment émise par Jean-Pierre Poly, le noyau initial de la loi salique serait un règlement militaire donné aux Francs qui avaient été établis en deçà du *limes* par les Romains eux-mêmes, dès le milieu du iv<sup>e</sup> siècle, pour consolider la défense de la frontière. Organisés en colonies militaires autonomes, ces Francs n'en dépendaient pas moins des généraux romains chargés des circonscriptions frontalières, et pouvaient donc recevoir d'eux des règlements disciplinaires – à l'instar d'autres Barbares placés dans la même situation, comme les Bretons d'Armorique. C'est dans ce contexte que les Francs installés dans les Gaules, sur la frontière du nord et du nord-est, auraient reçu une « loi » qui leur interdisait formellement de recourir à la pratique ancestrale de la vengeance privée – génératrice de querelles incessantes – et remplaçait celle-ci par un principe d'indemnisation systématique non seulement des coups et blessures, mais même des homicides. Ainsi devait être assurée dans les districts sensibles confiés à la garde des Francs une bonne discipline militaire. C'est autour de ce premier noyau, dont la datation reste difficile, que la loi salique elle-même s'est ensuite développée jusqu'à sa mise en forme officielle, dans le contexte du royaume franc, à la fin du règne de Clovis, qui l'a sans doute promulguée officiellement entre 507 et 511. À cette époque le roi, baptisé depuis une dizaine d'années, gouverne entouré d'évêques. Or la conception pénale de l'Église, naturellement tributaire des principes fondamentaux du christianisme, est centrée sur l'idée de paix et de pardon. L'essentiel est de *rétablir la paix* entre les parties en litige, et une paix définitive. Voilà pourquoi la loi salique, en ce qu'elle interdisait la vengeance pour imposer la paix aux parties antagonistes, ne pouvait que convenir aux évêques conseillers du roi.



Discipline militaire romaine, paix chrétienne : tels sont les deux fondements complémentaires de la loi salique promulguée par Clovis. Comme l'a souligné Olivier Guillot, la première version connue de la loi salique se coule dans un moule romain. Elle se présente en effet, quant à sa structure générale, comme un « pacte » : *pactus legis salicae*. Or, selon une définition célèbre d'Ulpien, un pacte est justement un accord conclu entre deux ou plusieurs personnes afin de ramener entre elles la *paix* – Ulpien rappelle que le mot *pactum* vient de *pax*, *pacis*, la paix (*D. 2, 14, 1, 1*). Le préambule primitif de la loi est à cet égard très significatif : « Il a plu aux Francs et il a été convenu entre eux et leurs chefs que, pour favoriser au sein du peuple le maintien de la *paix*, il fallait couper court à l'enchaînement sans fin des bagarres... » – entendons : des vendettas entre guerriers, « enchaînées sans fin » les unes aux autres. Ce qui était au départ un règlement évidemment imposé aux Francs par les « chefs » romains est donc présenté ici comme un accord librement passé entre eux : réécriture normale, dès lors que les Francs sont devenus les maîtres. Mais l'essentiel est bien que la vengeance privée ait été mise « hors la loi » et que le montant des multiples compositions destinées à la remplacer soit fixé de façon certaine. Il y a désormais un tarif, donc *une règle*, qui se substitue à l'anarchie d'autrefois ; une règle d'ordre et de paix.

Les différentes lois « barbares » – on se rend compte désormais à quel point ce terme, pris dans son acception péjorative, est inadéquat – se sont appliquées pendant plusieurs siècles, parfois avec des compléments (la loi salique a ainsi été enrichie à plusieurs reprises, jusqu'à ce que Charlemagne en donne la dernière version « amendée » en 768). Pourtant, à partir du ix<sup>e</sup> siècle, le pluralisme ethnique va rapidement faire place à un autre système : celui de la territorialité.

## 5. « Fusion des races » et morcellement politique

Entre le milieu du ix<sup>e</sup> siècle et l'an mil (date ronde), on assiste à une double évolution : tandis que la population du royaume cesse assez vite de se définir en termes ethniques, le territoire de la « France » se divise ; ce qui devait entraîner, à terme, le morcellement du droit.

À partir du milieu du ix<sup>e</sup> siècle, on constate la désuétude assez générale des anciennes lois personnelles. Ces lois sont de moins en moins alléguées en justice par les plaideurs, signe manifeste de leur oubli progressif. Plus profondément, cette évolution signifie que les habitants du royaume perdent le souvenir de leurs différences

ethniques : ils ne se définissent plus comme « romains », « francs » ou « goths », mais plutôt par le lieu où ils sont fixés, la terre sur laquelle ils vivent : par *le sol*, en un mot, et non plus par *le sang*. L'effacement de la référence ethnique ne résulte pas seulement de l'enracinement de la population ; il est aussi la conséquence de ce que l'on appelle parfois la « fusion des races » – le mélange des ethnies. Ce mélange a été naturellement encouragé par l'Église, soucieuse de promouvoir « l'unité du Peuple de Dieu ».

La disparition des distinctions ethniques ne pouvait que renforcer d'autres sentiments d'appartenance : l'identité de la foi, la communauté politique. Une foi, un roi. Ce roi, dans ses actes officiels toujours rédigés en latin, continue de s'intituler *Rex Francorum*. À quel moment précis faut-il traduire cette expression non plus par « roi des Francs », mais par « roi des Français » ? Dès avant l'an mil, le terme *Francus* ne fait plus référence à une ethnie particulière, mais à une sujétion politique. Quant au territoire sur lequel s'exerce, au moins théoriquement, l'autorité de ce roi, on l'appelle *Francia* dès le ix<sup>e</sup> siècle : *Francia* (même si ce terme continue à désigner aussi, jusqu'au xiii<sup>e</sup> siècle, la seule Île-de-France, *Francia minor*) et non plus *Gallia*, sauf exception. Pour autant, le territoire de la *Francia* n'est pas homogène, son droit non plus.

Trop vaste, l'Empire carolingien n'a pas pu conserver son unité. À la mort du fils de Charlemagne, l'empereur Louis le Pieux (840), ses trois fils se disputent l'héritage. En 843, après trois ans de guerre, ils se le partagent ; c'est l'objet du traité de Verdun. L'aîné des trois frères, Lothaire, reçoit le titre impérial et une dotation territoriale que l'on appelle la Lotharingie (« la part de Lothaire », qui a donné *Lothringen* en allemand et *Lorraine* en français). Il s'agit à l'origine d'une bande de terres très allongée, réunissant les actuels Pays-Bas à l'Italie, en passant par la Lorraine (au sens actuel du mot), la Bourgogne et la Provence. À l'est, c'est la « Francie orientale », que l'on appelle aussi Germanie, qui forme la part de Louis – dit « le Germanique ». Quant à l'ouest, c'est la « Francie occidentale », partage de Charles le Chauve. Même s'il garde le titre d'empereur, Lothaire n'a aucune primauté sur ses frères : Charles le Chauve, en particulier, se considère comme totalement indépendant. Cette *indépendance* du royaume de l'Ouest – bientôt royaume de France – sera l'axe essentiel et permanent de la politique extérieure de tous ses rois à venir. Après une période d'hésitation, le titre impérial échappe définitivement aux descendants de Charlemagne. En 962, il sera relevé par le roi de Germanie, Otton I<sup>er</sup>. C'est le début de ce que l'on appellera désormais le Saint Empire romain, puis (à la fin du Moyen Âge) Saint Empire romain de Nation germanique ; il durera jusqu'en 1806. Lorsque dans les pages qui

suivent nous parlerons de l'empereur, sans autre qualificatif, il est bien entendu qu'il s'agira de l'empereur du Saint Empire.

Le processus de dissociation ne s'est pas arrêté au partage de Verdun. Quelque temps après, la part de Lothaire, non viable, se fractionne elle-même en trois morceaux. Mais c'est surtout à l'intérieur de chaque royaume que l'autorité politique s'affaiblit et se divise. Vers 850 commence une longue période d'insécurité due aux incursions violentes et prédatrices de peuplades périphériques : les Hongrois (ou Magyars), qui viennent du Danube ; les « hommes du Nord », ou Normands, qui arrivent de Scandinavie par la mer et remontent les fleuves jusqu'au cœur des terres ; les Maures (ou Sarrasins) qui harcèlent toute l'Europe du Sud. Les rois en titre s'avérant impuissants à défendre leurs sujets, la résistance s'organise localement autour de chefs régionaux – comtes, ducs, marquis – agents royaux titulaires de ce fait de prérogatives régaliennes, mais qui vont de plus en plus les exercer pour leur propre compte. Apparaissent ainsi, au cours du x<sup>e</sup> siècle, quelques dizaines de principautés territoriales dirigées par des dynasties d'anciens fonctionnaires royaux devenus à peu près autonomes. C'est dans ce contexte de dissociation de la puissance publique que la dynastie carolingienne est éliminée dans le royaume de l'Ouest par les Robertiens/Capétiens. L'élection de Hugues Capet, en 987, marque l'avènement définitif de la dynastie nouvelle.

Mais, autour de l'an mil et plus encore au xi<sup>e</sup> siècle les principautés territoriales se fractionnent à leur tour en seigneuries plus petites, organisées autour d'un château fort ; à la tête de milices privées, les maîtres des forteresses s'emparent (plus ou moins vite et dans des proportions variables) de prérogatives de nature politique (justice, impôts, etc.) et imposent une autorité souvent brutale aux populations du lieu, aggravant les anciennes contraintes et en ajoutant de nouvelles – les unes et les autres souvent appelées « coutumes ». Ces prérogatives politiques ainsi usurpées par les seigneurs, au détriment des anciens agents royaux et du roi lui-même, sont en général désignées par le vieux mot de *ban*, terme d'origine germanique qui signifie pouvoir de commander. D'où l'expression de *seigneurie banale* qui caractérise désormais les nouveaux cadres locaux : cadres politiques, mais aussi juridiques.

## 6. Pouvoirs locaux, droits locaux

Au cours des xi<sup>e</sup> et xii<sup>e</sup> siècles, après une phase de flottement plus ou moins longue selon les régions, les diverses seigneuries, des plus petites aux plus étendues, s'organisent selon une hiérarchie verticale,

la hiérarchie des *fiefs*. Corrélativement, les seigneurs titulaires de ces fiefs se sont eux-mêmes hiérarchisés tout au long de la *chaîne vassalique*, le titulaire d'une seigneurie inférieure se reconnaissant comme le *vassal* du seigneur supérieur. C'est cette double hiérarchie des terres et des personnes qui constitue proprement le système « féodo-vassalique ». Tout l'effort de la royauté capétienne jusqu'au xiii<sup>e</sup> siècle sera de placer le roi au sommet de la chaîne vassalique en le faisant reconnaître comme « suzerain par-dessus tous », c'est-à-dire seigneur suprême ; cet effort accompagnera la reconstitution de la souveraineté proprement dite, servie par la renaissance du droit romain.

Le processus de territorialisation du droit, par définition très progressif, est difficile à saisir. Les témoignages de l'époque sont à la fois rares et peu explicites. On se limitera à deux observations. D'abord, dans les pays entre Rhin et Loire, le vieux pays franc, la loi salique tend à devenir après le milieu du ix<sup>e</sup> siècle un droit territorial s'appliquant indistinctement à tous les habitants. En même temps, dans les pays situés au sud de la Loire, le droit romain devient lui aussi un droit territorial qui s'applique aussi bien aux familles d'origine « romaine » qu'aux familles « germaniques ». Pour autant, vers l'an mil, les expressions *lex salica* ou *lex romana* que l'on rencontre encore dans les comptes rendus de procès ne désignent plus, comme autrefois, des systèmes juridiques structurés, mais seulement des vestiges de droit ancien, ici quelques tarifs de composition, là quelques formules tronquées, quelques expressions mal comprises ou déformées, avec beaucoup de variantes locales – en somme les épaves d'un droit dont l'essentiel a sombré dans l'oubli. À la place des vieilles « lois » disparues, les populations se dotent de règles nouvelles, qui combinent en proportions variables des bribes des droits anciens et des solutions nouvelles, créées au coup par coup au fur et à mesure des besoins. Mais l'essentiel est que ce nouveau système normatif – encore très rudimentaire – s'élabore dans le cadre des nouvelles principautés territoriales et des seigneuries banales. Ce droit, qui ne se présente évidemment plus sous une forme écrite mais se cherche à travers des pratiques hésitantes, c'est un droit *coutumier* en formation. Un droit coutumier *local*.

Au lendemain de l'an mil, au temps des premiers Capétiens, le droit des futures provinces françaises se présente donc comme une simple juxtaposition de coutumes locales en gestation, des embryons de coutumes. Pour que s'épanouisse vraiment la coutume, pour qu'elle soit formellement désignée comme *source du droit* et définie comme telle, il faudra attendre le xii<sup>e</sup> siècle, l'essor des franchises d'un côté, la renaissance du droit romain de l'autre.

## II. Coutumes, privilèges, franchises (xii<sup>e</sup>-xv<sup>e</sup> siècle)

Les coutumes territoriales, dont la lente gestation commence autour de l'an mil, forment à la fin du Moyen Âge de véritables petits codes particuliers, plus ou moins étendus selon les lieux. Mais ce particularisme du droit privé n'est lui-même qu'un aspect parmi d'autres d'un pluralisme social et juridique plus général, que fonde la notion juridique de *privilège*.

### 1. Le pluralisme social

À partir des xi<sup>e</sup>-xii<sup>e</sup> siècles, la société française (selon un processus que l'on retrouve, avec des variantes, dans d'autres pays d'Europe) apparaît comme divisée en « ordres », eux-mêmes subdivisés en corps.

La société romaine, les sociétés germaniques étaient divisées selon un mode binaire : on opposait les libres aux esclaves, les citoyens aux étrangers, les puissants aux « humbles », l'aristocratie au peuple... À partir de l'an mil, en gros, c'est un autre schéma qui apparaît – de type ternaire ou « trinitaire », selon le mot de Georges Duby. La société se représente comme constituée de trois éléments, solidaires comme les trois côtés d'un triangle, et dont chacun concourt à la stabilité de l'ensemble. Ces trois groupes sont définis par leurs fonctions : il s'agit donc d'une structure *fonctionnelle*. La société chrétienne comprend trois groupes : ceux qui prient, ceux qui combattent, ceux qui travaillent la terre. Ce sont les futurs trois « états » : le clergé, dont la fonction sociale est la prière ; la noblesse, à qui incombe la fonction militaire ; le reste – le troisième état, ou « tiers état » – s'occupant de la vie matérielle de l'ensemble. Destiné à assurer la cohésion sociale à partir de la complémentarité des ordres (dont chacun est théoriquement indispensable aux deux autres), le schéma trinitaire exprime aussi une conception politique : car le roi occupe nécessairement le sommet du triangle, à la jonction des deux premiers ordres. Investi comme les clercs d'une mission sacrée, il est aussi chargé de la défense du royaume et de la protection des faibles, à l'instar des chevaliers. Purement théorique au début du xi<sup>e</sup> siècle, cette conception de la société se généralise ensuite rapidement : elle est devenue un lieu commun dès le début du xiii<sup>e</sup> siècle. Considérée comme inhérente à la « constitution » même de la monarchie, la

distinction des trois ordres restera une constante de l'organisation politique et sociale de la France jusqu'en 1789.

Accessoirement à cette division fondamentale en trois ordres, la société française était encore subdivisée en corps ; ce sont des collectivités plus ou moins étendues, définies soit par leurs fonctions particulières, soit par leur implantation géographique. Ainsi, à partir du xii<sup>e</sup> siècle, certaines villes « forment corps » : elles existent *en tant que telles*, et non comme une simple collection d'individus. Sont aussi considérées comme des corps les communautés de métiers qui s'organisent au sein des villes, les officiers royaux affectés à la même institution (p. ex. les corps judiciaires), les Universités, les monastères, etc. Ces corps si différents sont d'abord des réalités sociologiques ; mais ce sont aussi des *personnes juridiques*, dotées d'un statut particulier que l'on désigne par le terme de *privilèges*.

## 2. Les privilèges

Ici encore il faut revenir à l'étymologie : « privilège » vient du latin *privata lex* (pl. *privatae leges*), c'est-à-dire « loi privée ». C'est donc le statut particulier d'un groupe que définit soit la fonction propre qui est la sienne dans l'ensemble de la société (on parle de *privilèges fonctionnels*), soit son implantation territoriale (*privilèges territoriaux*).

Des trois ordres du royaume, les deux premiers jouissent de privilèges collectifs, liés à leurs fonctions respectives. L'Église dispose ainsi d'un droit propre, le droit canonique (que l'on va retrouver plus loin) et d'une juridiction particulière, distincte des « justices » séculières (celle du roi, des seigneurs, des villes). Les nobles aussi ont des privilèges : le droit de porter les armes, celui d'être jugés par d'autres nobles (jugement par les pairs) ; à la fin du Moyen Âge, lorsque l'impôt direct se généralise, les nobles en sont normalement exemptés – payant « l'impôt du sang », ils considèrent qu'ils n'ont pas à payer en plus l'impôt en argent. De fait, les privilèges sont faits de *droits* et de *devoirs*. Mais clercs et nobles ne sont pas les seuls à bénéficier de privilèges. Au sein même du tiers état, de nombreux corps jouissent de droits particuliers. C'est le cas par exemple des communautés de métiers qui, tout en profitant d'un monopole de production, sont en même temps soumises à des règles de fabrication très strictes afin d'assurer la qualité des produits et ce qu'on n'appelait pas encore la protection des consommateurs.

Du point de vue territorial, l'ancienne France est restée jusqu'à la fin un pays très divers. Cette diversité est le fruit de l'histoire. Au xi<sup>e</sup>

siècle, on l'a dit, le territoire du royaume comprend quelques dizaines de principautés territoriales, elles-mêmes trouées de dizaines ou centaines de seigneuries secondaires plus ou moins étendues. Le roi, dont le pouvoir s'étend en théorie à tout le royaume, ne dispose d'une autorité effective qu'en Île-de-France, dans son domaine « direct ». Partout ailleurs son autorité est *médiatisée* par les princes régionaux et les seigneurs locaux. Peu à peu, à partir du xii<sup>e</sup> siècle, les Capétiens étendent leur domaine en lui rattachant principautés et seigneuries. Cette récupération d'une autorité *immédiate* et effective sur toutes les terres du royaume dure jusqu'au début du xvi<sup>e</sup> siècle : le dernier grand fief réuni au domaine est le duché de Bretagne.

Pour autant, ce patient rassemblement des terres françaises sous l'autorité politique du roi n'a pas fait disparaître toutes leurs particularités. Les rois de France ont *unifié* le royaume, ils ne l'ont pas *uniformisé* : distinction essentielle ! De sorte que chaque ancienne principauté, devenue une province, a conservé jusqu'à la fin quelques traits distinctifs plus ou moins accusés, parfois un statut administratif privilégié (avec des États provinciaux, réplique régionale des États généraux) et souvent un droit propre, une coutume distincte. D'autre part, à partir du xii<sup>e</sup> siècle, la renaissance des villes a permis à de nombreuses agglomérations d'acquérir des libertés ou franchises, c'est-à-dire là encore un statut propre qui a pu aller, dans les cas les plus favorables, jusqu'à une véritable autonomie municipale, jusqu'à la reconnaissance de la ville comme personne juridique collective, et jusqu'à un droit privé particulier. Tous ces statuts, provinciaux, municipaux, locaux, imbriqués les uns dans les autres, souvent superposés, dessinent un paysage juridique singulièrement complexe. Et c'est dans ce tableau d'ensemble que s'insèrent, comme des éléments essentiels de la diversité française, les coutumes de droit privé.

### 3. Coutumes et libertés

Autour de l'an mil, le sens proprement juridique du mot « coutume » (*consuetudo*), tel que l'avait fixé le droit romain, est à peu près oublié. Le mot appartient presque exclusivement au vocabulaire fiscal : il désigne des taxes diverses levées *habituellement* par les seigneurs sur les habitants de la seigneurie ou sur les étrangers de passage : des « redevances accoutumées ». Au xi<sup>e</sup> siècle apparaît l'expression « mauvaise coutume » ; il s'agit toujours d'une taxe ou d'une prestation, mais exigée indûment par les seigneurs. Les conciles de paix, réunis par l'Église pour protéger les populations contre les exactions

seigneuriales, ont souvent protesté contre la multiplication de ces « coutumes » indues et dès la fin du xi<sup>e</sup> siècle, les sujets des seigneurs ont cherché à réduire leurs charges en se faisant reconnaître des exemptions.

Profitant d'un essor économique de plus en plus marqué (c'est le début du grand « décollage » de l'Occident médiéval), certaines communautés urbaines ou rurales obtiennent alors de leurs seigneurs non seulement l'exemption des charges les plus pénibles ou les plus injustes, mais aussi, de façon plus générale, l'abolition de certaines incapacités personnelles qui pesaient auparavant sur les habitants, en particulier sur les serfs. Ces derniers, jusque-là réputés « non libres » (selon des modalités localement très variables), se voient ainsi reconnaître la liberté personnelle, la *franchise*. C'est pourquoi ces droits nouveaux que les seigneurs reconnaissent à certains de leurs hommes sont généralement appelés des franchises. Ils sont en principe consignés dans un écrit, la *charte de franchises*. Au xii<sup>e</sup> siècle, ces chartes ont pour objet de régler les rapports en quelque sorte *verticaux* entre le seigneur et ses sujets : elles limitent ou suppriment les incapacités serviles, fixent le montant des redevances, précisent la nature et la durée des corvées ; enfin elles réduisent l'arbitraire pénal du seigneur en fixant certaines garanties de procédure et en édictant un tarif de peines fixes ou plafonnées. En revanche, au début du moins, elles ne contiennent pas de dispositions précises concernant les rapports juridiques *horizontaux*, ceux qui existent ou qui peuvent s'établir entre les habitants de la seigneurie – les rapports de droit privé. Or, dans ce domaine aussi, au même moment, des usages sont en train de se former au sein de la population.

Naturellement, l'apparition d'usages de droit privé est beaucoup plus difficile à saisir que la concession de franchises, toujours sanctionnée par un acte solennel. Pour régler les relations entre personnes ou entre familles, les anciens systèmes juridiques sont désormais inopérants : ils ne subsistent plus, on l'a dit, qu'à l'état de vestiges. Apparaissent donc des règles nouvelles, créées ou adaptées selon les besoins. Après une phase de tâtonnements et d'incertitude, les solutions peu à peu s'harmonisent, du moins dans le cadre de la seigneurie, parfois avec l'approbation du seigneur, et des habitudes se prennent. D'une fois à l'autre, d'une génération à l'autre, on reprend les mêmes solutions, on reproduit les mêmes pratiques. Finalement, après un certain nombre de répétitions, il naît de cette répétition même le sentiment d'une véritable *nécessité juridique*. La coutume est née.

Très rapidement les deux phénomènes que nous venons d'évoquer – la concession officielle de franchises « publiques » et l'élaboration



empirique de coutumes « privées » – apparaissent comme étroitement liés : car dans l'un et l'autre cas, il s'agit de sortir du flou juridique et de l'imprécision des normes pour formuler des règles certaines et stables. En outre, dans les deux cas, la création du droit s'inscrit dans le cadre de la seigneurie : franchises et coutumes ont donc le même « ressort » d'application. « Franchises et coutumes », « coutumes et libertés » : souvent employés en juxtaposition, ces mots en viendront à paraître redondants. Comme les franchises *stricto sensu*, les coutumes de droit privé s'intègrent au « bloc » des libertés locales, elles font partie des *privileges* de la localité ou de la province. C'est à ce titre qu'elles survivront, du moins dans la moitié nord du royaume, jusqu'à la Révolution.

On comprend que la coutume, en raison même de son mode de formation, forme un système juridique complexe. C'est d'abord une complexité géographique. Dès les xii<sup>e</sup>-xiii<sup>e</sup> siècles, l'Europe de l'Ouest présente une mosaïque de droits locaux. Les limites des ressorts coutumiers, d'abord imprécises, se fixent à partir du xii<sup>e</sup> siècle : elles correspondent généralement aux limites des principautés ou des seigneuries. Un autre élément de complexité tient au contenu précis des coutumes. Le plus souvent, elles règlent le statut des personnes, la condition des terres, les rapports pécuniaires entre époux, les successions, etc. Et sur tous ces points, les différentes coutumes peuvent offrir des solutions très différentes.

Par-delà la diversité de leur contenu, les coutumes de droit privé présentent des caractères identiques qui seront analysés comme tels dès le xiii<sup>e</sup> siècle. Quatre éléments permettent de cerner la notion. La coutume est d'abord un droit *territorial*, inscrit dans un ressort précis. C'est ensuite, du moins à l'origine, un droit *non écrit* ; au départ, c'est un simple usage informulé, une conduite sociale qui s'impose par sa propre force ; au stade ultérieur, ces usages sont souvent formulés sous forme d'adages – sortes de proverbes juridiques dont la tournure lapidaire facilite la mémorisation. Troisième élément : la coutume est « fille du temps », c'est-à-dire qu'elle se forme dans la durée, ce qui implique la répétition. *Une fois n'est pas coutume*. Mais combien de « fois » faut-il pour qu'il y ait coutume ? Les juristes en débattront longtemps. C'est en tout cas cette durée d'application qui permet de présumer le quatrième élément qui constitue la coutume, et qui en dernière analyse lui donne toute sa force : le *consentement* des populations concernées, qui ont « la conviction de sa nécessité » (*opinio necessitatis*).

Ce système juridique présente d'évidents avantages : c'est un droit souple, qui peut évoluer avec le temps, au gré des besoins sociaux.

Émanant du corps social auquel elle s'applique, la règle ne devrait pas rencontrer de résistance : avantage d'un droit « sociétal » par rapport au droit « étatique ». Ce tableau idyllique comporte cependant des ombres. En effet si la coutume évolue, aussi longtemps qu'elle reste orale, elle est du même coup imprécise. Les adages sont laconiques, parfois obscurs. « Fille du temps », la coutume est incapable de régler nettement et rapidement les situations nouvelles. De fait, en cas de litige, les parties allèguent fréquemment des coutumes contradictoires – d'où de délicats problèmes de preuve. D'où aussi l'idée de la fixer dans un écrit.

## 4. De l'oral à l'écrit

L'un des aspects majeurs de la renaissance culturelle du xii<sup>e</sup> siècle est la diffusion rapide de l'écrit. Nous venons d'évoquer les chartes de franchises, textes officiels dans lesquels les communautés d'habitants font consigner leurs libertés. Un autre aspect très important de cette renaissance est l'essor des droits savants – droit romain et droit canonique – qui sont bien sûr des droits écrits. Comment n'aurait-on pas songé à donner aussi une forme écrite aux coutumes de droit privé ? De fait, cette idée est rapidement mise en œuvre, et justement dans les régions qui ont été le berceau de la renaissance juridique : d'abord en Italie du Nord, dès avant le milieu du xii<sup>e</sup> siècle, puis aussitôt après en Provence. Les bourgeois des grandes villes demandent que leur droit urbain soit énoncé par écrit : ainsi sont rédigés les statuts de Gênes, Pise, Arles, Avignon... Après quoi, le mouvement gagne le Languedoc, la Catalogne, et de proche en proche toute la France du Midi. Par centaines, jusqu'au milieu du xiv<sup>e</sup> siècle, villes et villages se mettent à rédiger leurs coutumes.

Comme lors de la rédaction des lois barbares, la rédaction des coutumes s'accompagne d'une sensible modernisation du droit local : si l'on reprend de vieux usages, on en profite pour en modifier d'autres, voire pour ajouter des dispositions nouvelles parfois inspirées du droit romain, mais pas toujours. Ces rédactions forment de longs textes, comportant plusieurs dizaines d'articles et concernant toute sorte de sujets : il y a bien sûr du droit privé et du droit pénal, mais aussi des franchises collectives et personnelles, du droit municipal, des dispositions de police, des règlements économiques, etc. – tout cela mêlé dans des proportions variables. Chose remarquable : les coutumes du Midi se présentent comme des *textes officiels*, sanctionnés par une autorité publique : les magistrats municipaux, un seigneur, le roi lui-même (p. ex. à Toulouse, 1286) ; dès lors, leur texte fait foi en

justice. Des textes semblables ont été rédigés en Espagne : ce sont les *fueros*, ou fors – dont certains existent toujours aujourd’hui. En revanche, dans la moitié nord de la France, il n’y a pas eu de rédactions officielles. Il y a simplement des commentaires de coutumes, que l’on appelle des coutumiers. Le plus célèbre est celui qu’a écrit en 1283 Philippe de Beaumanoir sur la coutume de Clermont en Beauvaisis. C’est un texte très remarquable par sa richesse et sa précision, qui ne se borne pas à une plate énumération des règles en vigueur, mais en fait un véritable commentaire qui intègre une dimension comparative. Les *Coutumes de Beauvaisis* sont l’œuvre d’un très grand juriste, assurément le meilleur juriste coutumier du Moyen Âge. Mais quelle que soit leur qualité, ces coutumiers restent des œuvres purement privées : ne pouvant pas être allégués en justice pour prouver la coutume, ils n’ont aucune utilité pratique. Or la preuve de la coutume était à cette époque l’une des causes principales de « l’allongement » des procès – si onéreux pour les plaideurs. Le plus simple était évidemment de consigner toutes les coutumes dans des actes officiels, du type de ceux qui existaient déjà dans le Midi : c’est la décision que prend finalement Charles VII en 1454, par l’article 125 de l’ordonnance de Montils-lès-Tours, dont nous aurons à reparler.

### III. L’essor des droits savants

Le développement des droits savants commence par la découverte, à la fin du <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle, des compilations byzantines. L’irruption de cette masse de textes jusque-là à peu près inconnus, en mettant à la disposition des Occidentaux la totalité du droit romain accessible, provoque la renaissance du « droit civil » – expression qui désigne désormais l’ensemble de la compilation justinienne. Bologne en est le centre. Quant au droit canonique, stimulé par le réveil du droit civil et par le rapide déploiement institutionnel de l’Église, il connaît dès le milieu du <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle un essor sans précédent. Les « deux droits », étroitement associés l’un à l’autre, apparaîtront bientôt comme « droit commun » de l’Europe occidentale.

#### 1. Bologne

La « découverte » du droit de Justinien a été longtemps entourée de légendes et aujourd’hui encore les spécialistes discutent de ses modalités précises. Pourquoi la compilation justinienne sort-elle tout à

coup de l'ombre, en Italie du Nord, à la fin du xi<sup>e</sup> siècle ? Le contexte politique n'y est certainement pas étranger : c'est l'époque et le lieu d'un grave conflit entre l'Église et l'empereur. Les protagonistes sont sans doute à la recherche d'arguments de droit pour fonder leurs prétentions respectives et la maîtrise du droit byzantin, dans ce contexte, n'est pas négligeable. Vers 1070-1080 apparaît à Bologne un certain Pepo qui allègue pour la première fois les « lois » de Justinien et en fait peut-être la matière d'un enseignement de grammaire. Mais aucun texte de lui ne nous est parvenu. Le premier maître au sens plein du mot s'appelle Irnerius. Aux alentours de l'an 1100, à Bologne, il s'est mis à « lire » les textes de Justinien devant des élèves. C'est le début d'un enseignement juridique qui allait faire de cette ville, pour longtemps, la capitale européenne du droit. À sa mort peu après 1125, Irnerius laisse quatre disciples, qu'il a formés à l'explication du droit romain et qui en perpétuent l'enseignement. Ce sont les fameux « quatre docteurs », dont les deux plus célèbres sont Martinus et Bulgarus. Ces deux maîtres se sont souvent opposés sur des interprétations juridiques ; leurs élèves respectifs reprennent leurs thèses, formant ainsi pour quelque temps deux « écoles » rivales. Ainsi réapparaissent les querelles d'école qui marquent la renaissance de la doctrine.

Dès avant le milieu du siècle, l'enseignement des quatre docteurs attire à Bologne des élèves de toute l'Europe. D'Italie d'abord, puis très vite de Provence (ce mot englobe alors l'ensemble de l'actuel Midi français), de Catalogne, de Castille, d'Allemagne, d'Angleterre même, on vient à Bologne étudier les « lois » – ce mot renvoie globalement à la compilation justinienne. On étudie les lois pour leur intérêt propre, en tant que discipline intellectuelle stimulante, mais aussi pour les perspectives de carrière qu'elles offrent : à l'instar des quatre docteurs, leurs élèves respectifs sont consultés par divers pouvoirs – villes, princes, rois – soucieux de mettre à leur service l'arme du droit.

Très vite, d'autres centres d'enseignement apparaissent. Rentrés chez eux, les juristes formés à Bologne se mettent à leur tour à « lire » le droit. Dès les années 1130, du temps même des quatre docteurs, une école juridique se développe dans la vallée du Rhône (Arles, Avignon, Valence). Vers 1150, un certain Rogerius enseigne le droit du côté d'Arles et de Montpellier ; un de ses élèves, originaire de Plaisance et surnommé pour cette raison Placentin, professe à Montpellier dans les années 1159-1180 : cet enseignement éphémère est une préfiguration de la Faculté de droit de Montpellier, qui sera créée officiellement un siècle plus tard. À Oxford, c'est Vacarius qui « lit » quelque temps le droit dans les années 1140. À vrai dire, sauf à Bologne, toutes ces écoles de droit sont épisodiques ; liées à la présence d'un professeur,

elles disparaissent avec lui – c'est seulement au siècle suivant qu'apparaîtront des universités stables. Les maîtres se promènent, laissant ici et là des disciples plus ou moins formés. Le rôle de ces nouveaux civilistes est cependant loin d'être négligeable : ces petits maîtres locaux, relayant les grands maîtres italiens, forment à leur tour des « experts en droit ». La réception progressive du droit romain par les divers professionnels du droit – en particulier les notaires – transformera peu à peu le Midi français en « pays » romain. On le désignera à la fin du Moyen Âge comme « pays de droit écrit ».

Dans le processus de romanisation progressive du Midi français ou de la Catalogne, les marchands ont aussi joué leur rôle : en relation d'affaires avec Gênes ou Pise, les bourgeois de Nîmes, d'Arles, de Montpellier, de Barcelone... sont naturellement portés à acclimater chez eux les nouveautés institutionnelles ou juridiques de l'Italie. La plus remarquable de ces nouveautés est certainement le *consulat* : au fur et à mesure que les villes commerçantes obtiennent leur autonomie municipale, elles confient leur « gouvernement » à un collège de magistrats municipaux élus chaque année et appelés consuls – à l'instar des consuls de l'ancienne Rome. La multiplication rapide des consulats dans les provinces du Midi à partir du milieu du xii<sup>e</sup> siècle est, avec le développement du notariat, l'un des signes les plus certains de leur progressive romanisation juridique. Comme on l'a vu, c'est aussi cette réception du droit romain dans le Midi qui a provoqué, à partir du milieu du xii<sup>e</sup> siècle, la mise par écrit des coutumes locales.

## 2. Glossateurs et commentateurs

Au xii<sup>e</sup> siècle, la méthode des glossateurs est identique à celle des grammairiens : l'explication de texte. Le maître lit le texte – ici, la compilation de Justinien – et s'arrête à chaque mot important ou difficile pour en proposer une explication : une *glose* (d'un mot grec qui signifie à la fois « langue » et « mot »). Ces gloses, d'abord orales, sont ensuite notées sur les manuscrits, soit par les maîtres eux-mêmes, soit par un auditeur (le « rapporteur »). On les trouve parfois entre les lignes du texte (gl. interlinéaires), plus souvent dans ses marges (gl. marginales). Les gloses étaient en principe identifiables : leur auteur était mentionné par son sigle (une abréviation de son nom), placé à la fin de la glose. Aux gloses apportées par Irnérius et les quatre docteurs, les générations suivantes ont ajouté les leurs, de plus en plus nombreuses et détaillées. S'accumulant en strates successives autour du texte de Justinien, les gloses marginales ont fini par former une

sorte d'encadrement plus épais que le texte lui-même. Au bout d'un siècle, l'amas des gloses était tel qu'il parut indispensable d'y mettre de l'ordre : ce fut l'œuvre du Bolonais Accurse († 1260). Il reprit toutes les gloses antérieures et s'efforça de les organiser : c'est le résultat de cette mise en ordre, élaborée en plusieurs étapes entre 1220 et 1234, qui constitue la *Grande Glose*, ou glose ordinaire.

Mais la glose n'a pas été le seul travail des premiers civilistes. Dès le xii<sup>e</sup> siècle, certains d'entre eux rédigent de petits traités synthétiques sur des questions pratiques, par exemple la procédure, ou des *Sommes* qui combinent résumé et explication d'une partie plus ou moins importante de la compilation. À vrai dire ces œuvres sont moins des synthèses que de simples paraphrases ; si l'on y trouve parfois des idées neuves, des formules bien frappées et des distinctions éclairantes, elles sont aussi encombrées d'un fatras de citations et de références pas toujours utiles à la démonstration. De fait, après Accurse, l'école de la glose s'essouffle. Le flambeau de la science juridique va alors quitter l'Italie, du moins pour un temps, et briller en France, à l'université d'Orléans. Les maîtres orléanais inaugurent une nouvelle méthode, beaucoup moins littérale que celle de la glose, celle du commentaire synthétique : d'où la désignation de ces juristes comme *postglossateurs* ou *commentateurs*.

Inaugurée par les maîtres de l'université d'Orléans, en particulier Jacques de Révigny († 1296) et Pierre de Belleperche († 1308), la méthode du commentaire a été ensuite adoptée en Italie et portée à son apogée par l'Italien Bartole (1313-1357) et son élève Balde († 1400) : c'est pourquoi on appellera cette méthode, à la fin du Moyen Âge, le *mos italicus* (le mode italien). Les nouveaux juristes affectionnent le commentaire large et beaucoup plus accueillant qu'auparavant aux questions d'actualité. En effet, si les glossateurs s'étaient intéressés aux problèmes de leur temps, ils n'en considéraient pas moins le droit romain comme porteur de la sagesse des siècles, une sagesse en quelque sorte intemporelle. À partir de la seconde moitié du xiii<sup>e</sup> siècle, c'est un esprit nouveau qui anime les professeurs d'Orléans et, à leur exemple, les Italiens du siècle suivant : soucieux de mettre en œuvre le droit romain dans tous les domaines, en tenant compte des réalités de leur temps, ils donnent de ce droit des interprétations de plus en plus libres et du même coup *créatrices*. Ils ne considèrent plus le texte de la compilation justinienne comme une vérité révélée, mais bien plutôt comme un matériau utile – ou du moins qu'ils s'efforcent de *rendre utile* par des interprétations appropriées. C'est ainsi que les commentateurs ont développé des théories nouvelles comme celle de la personnalité morale, ou la théorie des statuts, base du droit international privé. Ils ont ainsi

sensiblement enrichi l'héritage juridique des Romains.

### 3. L'essor du droit canonique

Le droit romain n'a pas été le seul droit « universel » de l'Europe médiévale. Héritière de l'Empire romain et elle aussi universelle, l'Église avait depuis longtemps, comme on l'a vu, fondé son propre droit. Dans les premiers siècles du Moyen Âge, le droit canonique avait poursuivi son développement, surtout à l'époque carolingienne. On en avait fait plusieurs compilations, mais de qualité faible. Vers l'an mil, l'Église était en crise : comme la société tout entière, elle était en voie de morcellement et de division. La réaction est venue au milieu du <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle avec la réforme grégorienne – ainsi appelée du fait que le pape Grégoire VII (1073-1085) en a été sinon l'initiateur, du moins l'artisan le plus énergique. En mettant l'accent sur l'impératif d'*unité* de l'Église, cette réforme rendait insupportable le désordre de son droit. Comme en même temps elle renforçait l'*autorité* pontificale, elle devait rapidement entraîner l'édiction de règles nouvelles qui a encore accru la masse et parfois la disparité du *corpus* normatif. Il fallait une remise en ordre. Celle-ci a commencé dans les années 1130-1140, à Bologne, dans le contexte sans doute très stimulant de la renaissance civiliste : c'est le Décret de Gratien.

Œuvre collective réalisée en plusieurs étapes, entre 1140 et 1150, sous la direction de Gratien (dont on ne sait par ailleurs à peu près rien), le Décret s'intitule en réalité « Concordance des canons discordants ». Ce titre indique son objet : il ne s'agit pas seulement, comme à l'époque précédente, de réunir une masse aussi abondante que possible de règles canoniques, il faut aussi les faire « concorder » en un tout *cohérent*. Gratien et son équipe entendent donc remplacer toutes les compilations antérieures – hétéroclites, incomplètes, truffées de textes contradictoires, mêlant authentiques et faux – par un recueil critique et ordonné. Travail énorme, le Décret a rencontré un succès très rapide. Bien qu'il fût au départ une œuvre privée, il a vite acquis un caractère officiel. Mais surtout il devient un objet d'études et de commentaires, il donne naissance à une *doctrine*. On appelle *décrististes* les juristes spécialisés qui « lisent » et expliquent le Décret, à l'instar des glossateurs qui, au même moment, lisent et expliquent le droit civil. Les *décrististes* rédigent eux aussi des gloses, des Sommes, des commentaires. L'un des plus célèbres est Huguccio de Pise, qui enseigne à Bologne dans les années 1178-1190 et y rédige une énorme *Somme* sur le Décret. À l'époque suivante, il y aura dans les Universités des Facultés spéciales, les Facultés de Décret.

Mais l'œuvre de Gratien, même prolongée par la doctrine décrétiste, n'arrête pas le développement du droit canonique. Dans la seconde moitié du xii<sup>e</sup> siècle, des papes juristes multiplient les décrétales – signe du dynamisme de l'Église. Devant ce flux législatif continu et de plus en plus abondant, il a fallu, là encore, réunir les textes et les organiser : cinq compilations successives ont été publiées jusqu'au début du xiii<sup>e</sup> siècle. Mais ces « cinq recueils incomplets et redondants, partiels et discordants, inégaux en richesse et en autorité » (Gabriel Le Bras) s'ajoutant à un Gratien déjà dépassé, ne satisfont pas les canonistes. C'est pour remédier à leur embarras que Grégoire IX ordonne en 1230 la compilation systématique de toutes les décrétales postérieures au Décret. Confié à un très grand juriste, Raimond de Peñafort, ce travail est mené rapidement. Il est promulgué le 5 septembre 1234 par le pape. Transmis aussitôt aux Universités de Bologne et de Paris, c'est désormais le droit officiel de l'Église. Contrairement au Décret de Gratien, les Décrétales de Grégoire IX sont très influencées par le droit romain, en particulier dans le domaine de la procédure. Naturellement les Décrétales seront étudiées dans les Universités par des spécialistes que l'on appellera *décrétalistes* ; comme le Décret, elles suscitent gloses et commentaires en grand nombre. Les deux plus célèbres « apparats » de gloses sur les Décrétales sont dus respectivement au pape Innocent IV († 1254) et à Henri de Suse, cardinal d'Ostie, dit *Hostiensis*.

Après 1234 de nouvelles décrétales ont été édictées : une compilation, pas plus qu'une codification, n'arrête le développement du droit. Des compilations complémentaires ont donc été nécessaires. Elles sont publiées au début du xiv<sup>e</sup> siècle par Boniface VIII, Clément V et Jean XXII, et ces recueils sont commentés à leur tour par la doctrine. Après quoi l'effervescence créatrice s'apaise et la science canonique, comme la science civiliste, entre dans une nouvelle phase.

## ***4. Utrumque jus et jus commune***

Les rapports entre les deux droits savants n'ont pas toujours été simples. À première vue, du moins jusqu'à Gratien, ils ne sont guère comparables. Ils diffèrent par leurs sources, leurs champs d'application, leurs caractères intrinsèques. Et pourtant, à partir du milieu du xii<sup>e</sup> siècle, les deux disciplines s'ouvrent l'une à l'autre. Si les canonistes se mettent au droit romain, les civilistes ne peuvent ignorer la loi de l'Église. Mais ce qui rapproche le plus sûrement les deux familles de juristes, c'est l'identité de leurs méthodes : glose, commentaire, discussion savante. Longtemps, Bologne est leur capitale



commune. Quels sont leurs rapports ? S'il y a deux droits, c'est qu'il y a deux domaines : le spirituel et le temporel. Ils sont à la fois distincts et liés ensemble, comme l'âme et le corps : aux civilistes le temporel, aux canonistes le spirituel. En principe, l'harmonie peut régner : « Le pape ne doit pas s'immiscer dans les affaires temporelles, dit Accurse, ni l'empereur dans les affaires spirituelles. » En pratique les choses sont souvent différentes : « En raison du péché », l'Église prétend contrôler les rois, parfois même les soumettre ; et les rois résistent. Dévoués à des puissances rivales, canonistes et civilistes ne s'aiment guère. Et pourtant, dans la vie quotidienne du droit, leurs disciplines s'entremêlent. Tant bien que mal, dans des proportions variables selon les domaines, elles se complètent. Au bout du compte, au moins dans certaines matières – par exemple la procédure – il existe bel et bien un « droit romano-canonique » qui combine les principes et les règles des deux droits. Cette imbrication des deux disciplines est particulièrement poussée après le milieu du xiii<sup>e</sup> siècle. Les canonistes d'abord, puis les Orléanais, mais surtout les commentateurs italiens n'hésitent pas à puiser à toutes les sources. On désigne alors l'ensemble formé par les deux droits savants par l'expression *utrumque jus*, « l'un et l'autre droits ». À la fois distincts et complémentaires, droit civil et droit canonique finissent par constituer un double *jus commune* : le droit commun de l'Europe.

L'expression « droit commun » est susceptible de sens divers. On rencontrera bientôt cette notion à propos de la naissance du droit français. Il existe aussi un droit commun en Angleterre, le *common law*, qui n'a rien à voir ni avec le *jus commune* européen, ni avec le droit commun coutumier français : c'est un droit spécifiquement anglais, qui résulte des décisions des juges, liés par le système du précédent. Dans les derniers siècles du Moyen Âge, lorsque les civilistes parlent de *droit commun*, ils désignent l'ensemble des règles que la doctrine a tirées des compilations justiniennes et qu'elle a interprétées, de sorte que le *jus commune* gît au moins autant dans cette interprétation que dans la règle initiale. Droit *commun* à toutes les contrées où exerce cette communauté de juristes, le *jus commune* n'est cependant pas un droit *unique* : la nuance est ici essentielle. La grande distinction, systématisée par Bartole, oppose « droit commun » et « droit propre », c'est-à-dire particulier (*jus proprium*). Le droit commun ne fixe que les grands principes ; au-dessous, les droits particuliers, consacrant une grande variété de situations, expriment le pluralisme institutionnel de l'ancienne Europe. Les droits propres ont vocation à s'appliquer d'abord ; à défaut, c'est le droit commun qui est appelé, en vertu d'une sorte de principe de subsidiarité, à combler les lacunes des droits propres.

En France, comme on le verra au chapitre suivant, si le droit romain est reçu dans le Midi comme « coutume générale », il n'est admis dans les autres provinces que comme « raison écrite ». Refusé en tant que droit commun, il y est pratiqué comme discipline intellectuelle. C'est cette approche, plus spéculative que pratique, qui inspire l'école romaniste française du xvi<sup>e</sup> siècle et sa méthode, le *mos gallicus*.

## 5. La « méthode française » du droit romain

Au cours du xv<sup>e</sup> siècle, l'école italienne est en plein déclin. Les successeurs de Bartole et de Balde ne sont plus des créateurs, ils se contentent de répéter ce qu'ont dit les maîtres ou, pis encore, de les commenter : commentaires de commentaires ! La décadence est évidente. La réaction survient, brutale, avec la Renaissance. L'humanisme, dans le domaine du droit comme ailleurs, prône le retour aux sources, et à des sources « purifiées ». Revenir au texte de Justinien, critiquer la compilation byzantine elle-même pour retrouver l'état antérieur du droit romain, combiner l'approche philologique (critique de la langue), historique (replacer les diverses sources du droit romain dans leurs contextes respectifs), diplomatique (rechercher les manuscrits les plus fiables et en tirer la version authentique des textes romains), tel est le nouveau programme. Il est défini dès 1508 par Guillaume Budé (qui fondera en 1530 le Collège de France) dans ses *Annotations sur les Pandectes*, et rencontre un grand succès. À l'exception de l'Italien Alciat († 1550), ce sont des Français qui le mettent en œuvre : Le Douaren, Baudouin, Doneau et surtout, les dominant tous, Jacques Cujas († 1590).

Pour autant, les exercices savants préconisés par la méthode française – le *mos gallicus* – n'avaient que peu de rapports avec la pratique. Si Cujas comblait d'aise les érudits, il n'était d'aucun secours aux praticiens. En face du bartolisme condamné, la nouvelle école ne constituait pas une alternative réaliste. Une troisième voie s'est donc ouverte, celle d'un *droit proprement français* : nous allons le retrouver au chapitre suivant. Le droit romain n'en est pas moins resté, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, une discipline fondamentale dans la formation des juristes. Jusqu'à la création, en 1679, des chaires de droit français, il est seul enseigné (avec le droit canonique) dans les facultés de droit. À la fin du xvii<sup>e</sup> siècle, sa présentation est entièrement repensée par un contemporain de Louis XIV, Jean Domat. Né à Clermont en 1625, ami de Pascal, Domat inscrit sa réflexion sur le droit dans une conception du monde essentiellement chrétienne : il

croit à un ordre naturel du monde, voulu par Dieu. Sa grande pensée a été de présenter le droit romain dans un « ordre » conforme à cette loi naturelle : tel est le propos de son chef-d'œuvre, paru en 1689, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Cette admirable systématisation des règles romaines exercera une grande influence sur la doctrine du xviii<sup>e</sup> siècle ; elle inspirera même, au moins sur certains points, les rédacteurs du Code civil.

# Chapitre III

## Le droit français

Si le droit français présente dès le Moyen Âge des caractères propres, c'est d'abord parce qu'il existe un royaume de France distinct et politiquement indépendant des grandes puissances universelles du temps, l'Empire et l'Église. L'indépendance politique du royaume est la condition préalable de son indépendance juridique, qui s'affirme contre une certaine conception « impériale » tant du droit romain que du droit canonique (I). À partir de là, le terrain est libre pour que s'élabore un droit proprement français : c'est le droit coutumier d'une part (II), la législation royale de l'autre (III).

### I. L'indépendance du royaume

#### 1. La France et l'Empire

Les docteurs italiens avaient appliqué à l'empereur de leur temps, celui du Saint Empire, la qualité de « maître du monde » que les textes du Bas-Empire reconnaissaient à l'empereur romain. Une telle prétention ne pouvait qu'être énergiquement rejetée par les rois de France. Pour les Capétiens, l'empereur n'a aucune espèce d'autorité sur le royaume, qu'ils tiennent directement de Dieu. Le roi est « premier » chez lui : il est, au sens propre du mot, *princeps*. Au milieu du xiii<sup>e</sup> siècle, on dira que le roi, dans son royaume, est empereur : *Rex imperator in regno suo*. Bien que cet adage apparaisse assez tard (on le trouve appliqué aux rois espagnols de León ou de Castille bien plus tôt), l'idée était ancienne. Depuis le partage de Verdun (où l'empereur Lothaire n'avait reçu qu'une prééminence purement honorifique), le roi qui règne sur les Francs de l'Ouest se considère comme totalement indépendant. En 1202, le pape Innocent III apporte à cette position un soutien de poids en constatant, au détour d'une phrase de la bulle *Per Venerabilem*, que « le roi de France ne reconnaît aucun supérieur au temporel ». Ces quelques mots ont fait couler beaucoup d'encre. Les juristes français y verront l'un des fondements

de l'indépendance du royaume. En réalité, l'objet de la lettre pontificale n'était pas politique ! Elle était adressée au seigneur de Montpellier qui avait sollicité du pape, par l'intermédiaire de l'archevêque d'Arles, la légitimation de ses bâtards – en alléguant à titre de précédent la légitimation par le pontife de ceux de Philippe Auguste. Innocent III lui répond que les deux situations ne sont en rien comparables car le roi de France, lui, « ne reconnaît aucun supérieur au temporel », ce qui n'est évidemment pas le cas du petit seigneur de Montpellier...

À partir du milieu du xiii<sup>e</sup> siècle, le Saint Empire entre en déclin. En 1250, à la mort de Frédéric II, le dernier des Hohenstaufen, s'ouvre le Grand Interrègne : pendant plus de vingt ans, il n'y a plus d'empereur. Vient ensuite la période dite de la « royauté tournante » : la couronne impériale, élective, alterne entre plusieurs familles. Électif, donc affaibli, l'Empire n'a plus les moyens de ses ambitions. Très significative à cet égard est la réaction de Philippe le Bel devant les ambitions hégémoniques imprudemment manifestées par l'empereur Henri VII, en juin 1312, à l'occasion de son couronnement. À l'issue de la cérémonie, l'empereur avait fait part de cette heureuse nouvelle aux différents rois européens en des termes qui présentaient l'empereur comme une sorte de « roi des rois ». Le roi de France répondit aussitôt très fermement pour manifester sa surprise : le royaume étant depuis toujours « exempté de la sujétion générale » revendiquée par l'empereur, les Français sauraient, au besoin par les armes et avec l'aide du Ciel, « défendre l'excellence de [leur] liberté ». À vrai dire, dès la mort de Saint Louis, le roi de France est sans conteste le prince le plus puissant de la Chrétienté et le « royaume des lys », à la fois uni et puissant, est « le premier royaume sous le Ciel ». On le compare à une nouvelle Terre promise, on ira même jusqu'à dire que son peuple est un nouveau « Peuple élu ». Dès lors, l'Empire n'est plus, et ne sera plus avant longtemps, une réelle menace pour l'indépendance française.

La décrétale *Per Venerabilem*, on vient de le dire, constatait que le roi de France ne reconnaissait aucun supérieur *au temporel*. Mais cette formule pouvait aussi laisser entendre que le pouvoir *spirituel*, c'est-à-dire l'Église en son siège romain, se réservait le droit d'intervenir dans le royaume, considéré comme un simple « membre » de la Chrétienté. Ici aussi, l'indépendance française était menacée ; là aussi, elle fut défendue.

## 2. La France et Rome : les débuts du

# gallicanisme

Dans la seconde moitié du <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle, l'Église avait opéré sur elle-même une profonde réforme : c'est la réforme dite « grégorienne ». En même temps qu'ils œuvraient au redressement religieux, les réformateurs développaient une vision politique de la Chrétienté : on la qualifie parfois de *théocratique*, mais elle est plus précisément *hiéocratique* dans la mesure où elle attribuait le gouvernement de l'ensemble du monde chrétien à la hiérarchie ecclésiastique et plus particulièrement à la papauté. Cette idée est exprimée avec une grande force par les *dictats* de Grégoire VII, en 1075 : le pape, en tant que « vicaire » du Christ sur la terre, est supérieur à tous les princes ; il doit donc les diriger, non seulement comme chrétiens (dans l'ordre spirituel), mais aussi comme princes (dans le domaine temporel). L'une des justifications de ce que l'on appelle aussi le *pontificalisme* est la théorie des deux glaives. Interprétant dans un sens politique un passage de l'évangile qui mentionnait « deux glaives » (Luc 22, 38), les papes du <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle affirment que ces glaives représentent les deux pouvoirs que le Christ leur a confiés : le pouvoir spirituel, que l'Église exerce elle-même ; et le pouvoir temporel, qu'elle délègue aux princes. Dès lors, l'Église est fondée à dominer les princes, qui ne sont que ses délégués. Cette conception du rapport entre les deux pouvoirs a bien sûr suscité de vives réactions de la part des puissances séculières, et d'abord de l'empereur. Ce n'est pas ici le lieu de raconter dans le détail la longue « querelle du Sacerdoce et de l'Empire » : elle se déroule de la fin du <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle au milieu du <sup>xiii</sup><sup>e</sup>. Toute la première moitié de ce siècle a été occupée par la lutte entre Frédéric II et les papes successifs (Honorius III, Grégoire IX, Innocent IV) : en 1250, la mort de l'empereur laisse la victoire à l'Église. Le pape apparaît alors comme le chef suprême de l'Occident, le « vrai empereur ».

C'est alors que le roi de France va en quelque sorte prendre le relais pour exprimer, au nom des pouvoirs séculiers, son refus du pontificalisme. Dès le milieu du <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, alors que le conflit entre Frédéric II et le Saint-Siège était à son paroxysme, Louis IX (futur Saint Louis) avait nettement refusé de prendre le parti du pape, s'opposant à la déposition de Frédéric et à sa mise en jugement. C'est sous Philippe le Bel, au début du <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle, que survient le conflit. Les arguments échangés entre le roi de France et Boniface VIII sont classiques : du côté du pape, pour l'essentiel, les deux glaives (et aussi la métaphore du soleil et de la lune, images respectives du pouvoir pontifical et du pouvoir royal) ; du côté du roi, les paroles non équivoques du Christ, rapportées par les évangiles : « Rendez à César ce qui est à César » (Matt. 22, 21) et « Mon Royaume n'est pas de ce

monde » (Jn 18, 36). La conclusion, c'est que le roi tient son royaume *directement de Dieu*, et non de l'Église ; il doit donc des comptes à Dieu, et non au pape. En revanche, les évêques du royaume, en tant qu'ils exercent des fonctions *temporelles*, sont des sujets du roi et lui doivent obéissance. Voilà posés les fondements du *gallicanisme*, doctrine de l'indépendance politique du royaume de France et de l'Église de France (*Ecclesia gallicana*) par rapport à la papauté. Ce sera la doctrine officielle de la royauté française jusqu'à la fin. Pour autant, le gallicanisme n'emporte aucune rupture religieuse entre l'Église de France et l'Église universelle : toutes deux communient dans la même foi, et la primauté *spirituelle* de la seconde est reconnue par le roi.

Ainsi le royaume de France a-t-il affirmé son indépendance politique par rapport aux deux puissances universelles qu'étaient l'Empire et l'Église. De là découle son indépendance juridique, qui se définit donc à la fois par rapport au droit de l'Empire et à celui de l'Église. Le droit romain est enseigné en France comme ailleurs en Europe occidentale et si cet enseignement a été interdit à Paris en 1219 par le pape Honorius III (décrétale *Super Speculam*), ce n'est pas à la demande de Philippe Auguste, comme on le dit encore parfois, mais simplement parce que le pape voulait protéger les études théologiques d'une concurrence juridique jugée par trop dangereuse. En revanche, si ce droit est appliqué ou utilisé dans le royaume, c'est par la permission du roi et à des conditions précises. Quant au droit canonique, sa réception dans le royaume est subordonnée à un contrôle politique très strict.

### **3. Le droit romain, « coutume générale » ou « raison écrite »**

Les coutumes rédigées dans les provinces méridionales, on l'a dit, avaient déjà fait une place au droit romain. Mais leur rédaction n'a pas interrompu le processus de romanisation du droit. Dès le <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, plus encore aux <sup>xiv</sup><sup>e</sup> et <sup>xv</sup><sup>e</sup>, le droit romain continue à progresser. Les cohortes de juristes qui sortaient régulièrement des grandes facultés de Toulouse, Montpellier, Valence, Aix... le mettent naturellement en pratique. Dans les jugements comme dans les contrats ou les testaments on observe une tendance de plus en plus nette à remplacer les dispositions coutumières, lorsque celles-ci s'écartaient du droit romain, par des solutions tirées du droit civil ou du moins inspirées par lui. Là-dessus le roi crée un Parlement à Toulouse, en 1444, avec compétence sur tout le Languedoc ; quelques années après sont érigés les Parlements de Grenoble (1453), Bordeaux

(1462) et Aix-en-Provence (1501) : peuplées de juges formés au droit romain, ces cours souveraines appliquent naturellement ce droit dans leurs ressorts respectifs, quitte à l'infléchir sur tel ou tel point. En tout cas, à la fin du Moyen Âge, personne ne conteste que les provinces du Midi ne soient régies par le droit écrit : ce sont les *pays de droit écrit*, par opposition aux *pays de coutumes*. La frontière entre ces deux grandes régions juridiques, assez longtemps imprécise, s'est finalement stabilisée sur une ligne sinueuse qui prend son départ au nord de la Saintonge, passe au sud de l'Angoumois, au nord du Limousin, traverse la Haute-Auvergne et finalement remonte vers le nord pour laisser en pays de droit écrit le Lyonnais, la Bresse et le Bugey. Les pays de droit écrit correspondent donc à peu près aux provinces de langue d'oc, comme le notait dès le xve siècle le juriste auvergnat Masuer : « pays du droit écrit, c'est-à-dire de langue d'oc ».

Quelle a été, à l'égard de ce droit méridional, l'attitude de la royauté ? Dès le milieu du xiii<sup>e</sup> siècle, elle en reconnaît l'existence : ainsi dans une ordonnance de 1251 Blanche de Castille, régente du royaume, distingue la zone coutumière (où est en vigueur la *consuetudo gallicana*) de celle du droit écrit (*jus scriptum*). De même, une ordonnance de juillet 1254 constate l'utilisation des « droits écrits » dans la sénéchaussée de Beaucaire « de toute ancienneté ». À la fin du xiii<sup>e</sup> siècle apparaît même au sein du Parlement un « auditoire de droit écrit » spécialement chargé de traiter les affaires concernant le Midi. Même éphémère, cet auditoire n'en est pas moins significatif de la reconnaissance par la Couronne de la spécificité juridique du Midi. Reste à savoir à quel titre ce droit écrit est reconnu par le roi. La réponse est très simple : le droit écrit est la *coutume générale* du pays. De son utilisation constatée, le roi déduit le consentement des populations concernées ; et c'est ce consentement qui rend le droit écrit respectable, comme sont respectables les diverses coutumes des autres provinces françaises. Pour le roi, le droit romain ne s'applique donc pas dans les pays du Sud en vertu de sa propre autorité : en lui-même, en tant qu'ancien droit de l'Empire romain, il n'a en France aucune valeur législative. S'il est « en vigueur », c'est uniquement parce que les populations locales l'ont adopté depuis longtemps. Ainsi, comme le dit Philippe le Bel dans des lettres envoyées en juillet 1312 à l'université d'Orléans, le roi n'est pas lié, du fait de cette pratique régionale, « par le droit écrit lui-même, mais seulement par *la coutume* qu'ont introduite les usages à partir du texte du droit romain ».

Ces lettres de 1312 ne parlaient pas seulement du Midi : elles précisaient aussi le statut du droit romain en pays de coutumes, dans la moitié nord du royaume. Le point de vue du roi est simple : si le droit romain est enseigné à Orléans, ce n'est pas pour lui donner une



application pratique qui irait à l'encontre des coutumes, c'est tout simplement comme outil intellectuel, pour « perfectionner le raisonnement... et faciliter la compréhension des coutumes ». On dira au xvi<sup>e</sup> siècle que le droit romain est en pays de coutumes une « raison écrite », *ratio scripta* : une clé pour raisonner juste sur le droit, rien d'autre.

## 4. La réception contrôlée du droit canonique

D'après la doctrine catholique, les décrets conciliaires étaient applicables de plein droit à tous les fidèles, quelle que fût leur appartenance politique. Mais en France, depuis le début du xvi<sup>e</sup> siècle, le gallicanisme avait pris une vigueur nouvelle à la faveur de la Réforme protestante. Les réformés français poussaient le roi à rompre avec Rome et à se proclamer chef d'une Église « nationale » entièrement indépendante. C'est le chemin qu'allait prendre Henry VIII en Angleterre, tout comme les princes de l'Empire passés au luthéranisme ou au calvinisme. François I<sup>er</sup> n'a pas souhaité se faire protestant ni fonder une église française séparée de l'Église universelle, c'est-à-dire schismatique. Il a simplement profité de la situation pour accentuer l'autonomie politique et juridique de la France par rapport à Rome. Dès 1516, un an après Marignan, il avait arraché au pape le Concordat de Bologne qui laissait au roi, entre autres concessions notables, la nomination des évêques (le pape leur conférant ensuite l'investiture canonique). C'est dans ce contexte que se réunit à Trente, en 1545, le concile œcuménique chargé de promouvoir la réforme de l'Église catholique par elle-même, en réponse aux thèses des « réformés » proprement dits. Pour le roi de France, les décisions du concile ne sont pas applicables de plein droit dans son royaume : pour leur donner cours, il faut qu'elles soient « transposées » dans un acte royal. C'est ce qui est arrivé en 1579, lorsqu'Henri III reprend dans l'ordonnance de Blois certaines réformes adoptées à Trente, par exemple en matière de mariage, non d'ailleurs sans les modifier sensiblement.

Les parlements, plus gallicans que le roi lui-même, ont veillé jalousement au respect de ce principe jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. La doctrine – ou l'idéologie ? – gallicane a culminé au début de la Révolution, avec la Constitution civile du clergé (12 juillet 1790). Ce texte allait tellement loin que Rome, suivie par une partie importante du clergé français, l'a considéré comme schismatique : d'où la division des fidèles entre une Église « nationale » schismatique

et une Église fidèle à Rome, bientôt clandestine et persécutée. C'est Bonaparte qui a mis fin au schisme en signant avec le pape Pie VII, en 1801, un nouveau concordat qui reprenait les grandes lignes de celui de 1516 et s'inscrivait dans la plus ferme tradition gallicane.

## II. Le roi, la coutume et le « droit français »

### 1. Le roi, « gardien » des coutumes

En principe, le roi est « gardien des coutumes ». Cette expression, qui devient commune à partir du xiii<sup>e</sup> siècle, doit être expliquée. Le principe est clair : le roi « garde » les coutumes, c'est-à-dire qu'il les respecte et les fait respecter par ses officiers ; mais il ne les respecte que si elles sont bonnes, s'il les a estimées bonnes. En revanche, si elles sont mauvaises – c'est-à-dire contraires à la loi de Dieu, au droit naturel ou à la justice – le roi a le devoir de les extirper. Dans la grande ordonnance de réformation de 1254, Saint Louis fait obligation à ses baillis de juger « selon les droits, usages et coutumes approuvés en chaque lieu ». Beaumanoir dit la même chose : le roi « est tenu à garder et faire garder les coutumes de son royaume ». Ce principe n'emporte pas seulement des conséquences au niveau judiciaire – les juges doivent juger selon les coutumes –, il a aussi une grande importance au niveau législatif. Comme on le verra plus loin, le roi ne s'autorise à légiférer que s'il s'agit d'abroger une « mauvaise coutume » ou en l'absence de coutume. Dans l'hypothèse où une coutume existe, si elle est bonne, le roi doit la respecter. C'est ce qui explique que la législation royale soit surtout intervenue dans le champ du droit public et fort peu en droit privé, domaine à peu près « saturé » par la coutume.

Gardien des coutumes, le roi n'en est pas moins « débiteur de justice », et d'une « bonne justice ». Cela n'implique pas seulement que le droit coutumier soit *raisonnable* – les mauvaises coutumes ayant été extirpées ; il faut aussi que ce droit soit *certain*, c'est-à-dire connu avec précision et sans ambiguïté. Or un grand nombre de procès s'éternisaient pour cette raison, la question préalable du droit applicable donnant lieu à des débats sans fin. La solution était simple : il fallait mettre les coutumes par écrit, mais selon une procédure officielle qui donne à cet écrit une force probatoire incontestable. C'est

l'article 125 de l'ordonnance « sur le fait de la justice » prise par Charles VII à Montils-lès-Tours en avril 1454 qui prescrit la rédaction générale des coutumes afin de sortir de l'incertitude et des « contradictions et contrariétés » du droit coutumier et ainsi rendre la justice plus sûre, plus rapide et de ce fait moins coûteuse. Dans l'immédiat, seule la coutume de Bourgogne est rédigée en 1458-1459. Il faut ensuite attendre Charles VIII pour que la rédaction reprenne, mais c'est surtout à la fin du règne de Louis XII et sous François I<sup>er</sup> que la plupart des grandes coutumes sont « arrêtées ». Cette rédaction s'est faite selon une procédure assez complexe, qui associe au départ les agents royaux et des juristes locaux puis, dans la deuxième phase du processus, les représentants des « pays » concernés, c'est-à-dire les États provinciaux. La troisième étape fait intervenir le Parlement dont relève le ressort coutumier concerné : la cour arrête le texte définitif de la coutume et lui donne ainsi, au nom du roi, un caractère officiel. Ont alors été promulguées les coutumes d'Anjou et du Maine en 1508, d'Orléans en 1509, de Paris en 1510, du Poitou en 1514, de Bordeaux en 1521, de Nivernais en 1534, de Bretagne en 1539...

Ces premières rédactions sont vite apparues comme imparfaites et ont été critiquées par les juristes. La critique se fonde sur une approche à la fois systématique et comparative des textes, désormais facilitée par l'imprimerie. Les juristes procèdent à la « conférence » des coutumes, c'est-à-dire à leur comparaison, et celle-ci fait vite apparaître des absurdités, des discordances, des contradictions parfois choquantes. Devant ce constat, de grands juristes comme le premier président du Parlement de Paris Christophe de Thou ou Charles Dumoulin, commentateur de la coutume de Paris, ont proposé de remettre la rédaction sur le métier à la fois pour éliminer les dispositions les plus aberrantes et pour réduire les discordances les plus criantes. Cette seconde rédaction, appelée « réformation » (= perfectionnement) a eu lieu dans la seconde moitié du siècle, selon une procédure qui donnait aux commissaires du roi un rôle encore plus important que dans la première phase. Une fois arrêtées, les coutumes réformées ont été promulguées au nom du roi en lieu et place des textes antérieurs : ce sont les « nouvelles coutumes » (nc). Par rapport aux rédactions du début du siècle, leur qualité juridique est nettement supérieure. Certaines constituent de véritables petits « codes civils » provinciaux : ainsi la nc de Bretagne, promulguée en 1580, qui comporte 685 articles. Mais c'est la nc de Paris, promulguée elle aussi en 1580, qui est à coup sûr la plus remarquable. Plus synthétique (elle compte 362 articles), elle a bénéficié des savants travaux de Dumoulin. Outre le fait que c'était la coutume de la capitale, « séjour ordinaire du roi et patrie commune de ses sujets », ce sont ses qualités juridiques qui

expliquent l'influence de plus en plus grande qu'elle a exercée sur les autres coutumes et le rôle qu'elle a joué dans l'émergence du « droit commun coutumier » et la construction du « droit français ».

## 2. La notion de « droit français »

L'idée qu'il y a des principes communs aux différentes coutumes est ancienne. On trouve une allusion très précoce à la « coutume du royaume » dans une lettre écrite en 1164 par le roi Louis VII à la vicomtesse de Narbonne, qu'un rival prétendait évincer de son héritage en raison de sa féminité : « La coutume du royaume, lui écrit le roi, est plus douce que les lois des empereurs » (= le droit romain) à l'égard des femmes. À la fin du xiii<sup>e</sup> siècle, Beaumanoir cite parmi les sources auxquelles il a puisé pour composer son ouvrage « le droit qui est commun à tous au royaume de France ». Au siècle suivant la notion est utilisée au Parlement, où le procureur du roi invoque de plus en plus souvent la « coutume générale du royaume ». Au xvi<sup>e</sup> siècle, la notion se banalise grâce à la rédaction des coutumes qui permet d'en faire la « conférence ». Comme on l'a dit, cette comparaison fait apparaître des divergences, mais elle montre aussi des convergences, voire des similitudes. Ainsi y a-t-il des principes généraux, parfois des dispositions particulières, que l'on retrouve dans des coutumes différentes, voisines ou non. À partir de ce constat, certains juristes ont envisagé un rapprochement complet de toutes les coutumes, voire leur fusion en un corps unique. C'est ce que propose Dumoulin, avec une méthode pour parvenir à la « concorde et union » de toutes les coutumes de France (*Oratio de concordia et unione consuetudinum Francie*). Ce projet était évidemment prématuré.

Plus pratique en revanche était la question du *droit supplétoire* : lorsqu'une coutume est muette sur tel ou tel point, quelle règle appliquer ? Pour les romanistes, la réponse allait de soi : c'est évidemment le droit romain qui s'applique, en tant que droit commun, en l'absence de droit particulier. Mais faire du droit romain le droit commun des pays de coutumes n'allait pas sans risque pour l'avenir du droit coutumier : à terme, ce choix pouvait conduire à l'élimination progressive des droits locaux, ou du moins à leur marginalisation, et donc à une romanisation insidieuse mais inéluctable des provinces du Nord, selon un processus comparable à celui qui avait eu lieu entre le xiii<sup>e</sup> et le xve siècle dans le Midi.

C'est contre ce risque, particulièrement élevé au moment où le *mos gallicus* donnait au droit romain un prestige nouveau, que Dumoulin s'est violemment élevé : pour lui, l'idée que le droit de Justinien

puisse être reconnu comme droit commun des pays de coutumes est tout simplement « stupide ». Le droit romain est en France un droit *étranger*, et les coutumes françaises ne sont pas de simples statuts : elles constituent en elles-mêmes un droit commun. Ainsi, « lorsque la coutume provinciale est douteuse ou lorsqu'elle fait défaut..., il ne faut pas recourir au droit des Romains, mais *aux coutumes voisines ou aux coutumes générales de la Gaule*. Car le droit des Romains... ne peut pas être considéré comme droit commun, excepté dans les provinces... qui sont régies par le droit écrit » (*Commentaires sur les coutumes de Paris*, 1539). C'est donc dans les coutumes elles-mêmes qu'il faut chercher des solutions à leurs éventuelles lacunes, c'est à partir des coutumes qu'il faut dégager les règles d'un « droit commun coutumier ».

Le concept se précise à la fin du siècle chez des auteurs comme Guy Coquille ou Antoine Loisel. « Nos coutumes, écrit le premier, sont notre droit civil, de même force et vigueur qu'était à Rome le droit civil des Romains » (*Institution au droit français*, 1607). Quant à Loisel, ses *Institutes coutumières*, recueil de maximes ou adages juridiques puisés dans l'ensemble des coutumes, se veulent un ouvrage préparatoire à l'unification du droit coutumier. Au xvii<sup>e</sup> siècle, le premier président du Parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon, tente à son tour une synthèse coutumière dont le droit parisien constitue la référence majeure. C'est enfin Bourjon, obscur juriste parisien, qui publie en 1747 *Le Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*. Le droit commun coutumier est désormais considéré, avec les ordonnances royales, comme un élément constitutif du « droit français ». Restait à consacrer cette notion en en faisant la matière d'un enseignement universitaire.

Depuis le Moyen Âge, seuls le droit romain et le droit canonique étaient enseignés dans les facultés de droit. Le droit coutumier et la procédure s'apprenaient simplement par la pratique. Pourquoi donc ne pas enseigner ce droit « proprement français » dans les universités ? C'est ce que décide Louis XIV en avril 1679 dans l'édit promulgué à Saint-Germain-en-Laye sur l'enseignement du droit : « Afin de ne rien omettre de ce qui peut servir à la parfaite instruction de ceux qui entreront dans les charges de judicature, nous voulons que *le droit français contenu dans nos ordonnances et dans les coutumes* soit publiquement enseigné ; et à cet effet nous nommerons des professeurs qui expliqueront les principes de la jurisprudence française et qui en feront des leçons publiques... » (art. 14). Ainsi défini, le droit français devenait une discipline universitaire à part entière, à côté des droits romain et canonique. Et cet enseignement favorisa un nouveau développement de la doctrine. Le maître le plus remarquable fut

Pothier (1699-1772), professeur de droit français à Orléans, dont les travaux seront abondamment utilisés par les rédacteurs du Code civil.

### III. Le roi législateur

#### 1. La loi du roi jusqu'à la fin du Moyen Âge

Dans le royaume des Francs de l'Ouest, le dernier acte législatif royal a été édicté en 884. Après cette date, le pouvoir normatif du roi franc est tombé en sommeil pendant près de deux siècles et demi. Pourtant, avant même que le roi capétien ne retrouve un certain pouvoir d'édition générale, cette prérogative a déjà été relevée par quelques princes territoriaux dont certains, comme le duc de Normandie, se trouvent en pratique plus avancés que leur suzerain dans la reconstitution d'un pouvoir de type étatique. Ces princes prennent donc, dans le cadre de leur principauté, des mesures « législatives » appelées *établissements* ou *ordonnances*. L'établissement, c'est la chose établie, et donc destinée à durer : le terme latin *stabilimentum* marque bien cette prétention de poser pour un avenir durable une règle *stable*. Quant au terme d'*ordonnance*, promis à un long avenir, il signifie à la fois que le prince législateur donne un ordre auquel il faut obéir, un commandement, mais aussi qu'il « ordonne » – *stricto sensu* –, c'est-à-dire qu'il met de l'ordre là où régnait auparavant le désordre. La loi, dans la conception médiévale, est *ordonnatrice*.

Pour autant, les princes ne légifèrent que dans le contexte politique qui est celui de l'époque, c'est-à-dire le système féodo-vassalique. Ils gouvernent avec le *conseil* de leurs vassaux, dans le cadre de la cour féodale : on délibère ensemble et la « délibération » (la décision) commune s'impose à tous. Le roi ne fait pas exception à la règle : lui aussi gouverne avec ses vassaux dans le cadre de sa cour (la *curia regis*). C'est l'origine du *gouvernement à grand conseil* qui restera jusqu'à la fin de l'Ancien Régime une caractéristique fondamentale de l'État monarchique. Lorsque le roi va enfin retrouver un début de pouvoir normatif, vers le milieu du xii<sup>e</sup> siècle, ce sera dans des conditions identiques à celles des princes : pour faire appliquer ses ordres hors de son propre domaine, c'est-à-dire dans les principautés de ses grands vassaux, leur accord exprès sera nécessaire.

Le premier exemple de mesure générale prise par le roi est constitué

par l'ordonnance de 1155 établissant une paix décennale dans l'ensemble du royaume. Mais pour que l'ordonnance instituant la « paix du roi » s'applique effectivement dans les domaines des grands seigneurs, il a fallu que ceux-ci, présents à la cour du roi, approuvent la mesure proposée et s'engagent à la mettre en oeuvre : la paix est décrétée « à la demande des évêques et avec l'accord des barons ». Ceux-ci, après avoir juré de respecter la décision prise en commun, matérialisent leur assentiment en apposant leur souscription au bas de l'acte. Au xiii<sup>e</sup> siècle, les progrès sont encore lents. Sous Saint Louis (1226-1270) et Philippe III le Hardi (1270-1285), on constate que si la couronne continue à requérir l'assentiment des grands pour les ordonnances générales (applicables à tout le royaume), la majorité d'entre eux suffit désormais. En d'autres termes : si les vassaux les plus importants sont d'accord avec le roi, leur décision peut être imposée aux autres. Reste que le pouvoir normatif du roi est encore loin d'être autonome. À plusieurs reprises, sur des sujets pourtant essentiels à ses yeux, Saint Louis s'est contenté de légiférer pour le seul domaine royal, sans même chercher à imposer sa décision dans les domaines des princes ou, *a fortiori*, chez les vassaux de ces derniers.

Un nouveau pas est franchi avec Philippe le Bel (1285-1314), petit-fils de Saint Louis. Élève du théologien Gilles de Rome, lui-même disciple de saint Thomas d'Aquin, le roi en avait appris l'importance de la fonction « ordonnatrice » de la loi. Sous son règne, la composition du conseil du roi se modifie profondément : l'élément féodal est relégué à l'arrière-plan, tandis que les spécialistes du droit, les fameux « légistes » maîtres des *lois* romaines, en deviennent l'élément essentiel. Ils appliquent au roi, « empereur en son royaume », les maximes romaines : « Ce qui a paru convenable au prince a force de loi » (*Quod principi placuit...*) et : « Le prince n'est pas lié par les lois » (*Princeps legibus solutus*). À première vue, c'était reconnaître au roi de France, à l'instar de l'empereur romain du Bas-Empire, une omnipotence législative complète, c'est-à-dire le droit de légiférer à son gré y compris pour modifier la coutume. En réalité, la conception religieuse de la royauté et le principe de soumission du roi à la justice ont constitué de puissantes limites à un « pouvoir législatif » qui, en pratique, est toujours resté très prudent. Rapidement, les juristes eux-mêmes distinguent deux niveaux dans l'exercice du pouvoir législatif du roi : en temps normal il s'agit d'une « puissance réglée », respectueuse des droits acquis ; et c'est seulement dans des circonstances exceptionnelles que le pouvoir du roi devient « puissance absolue », le roi pouvant s'autoriser alors, en vertu de sa « certaine science » (c'est-à-dire en pleine connaissance de cause), à modifier le droit existant. Si l'on considère la législation royale dans

son exercice effectif, et pas seulement dans la théorie des légistes, elle se caractérise par deux traits majeurs : elle est essentiellement *publiciste* ; elle est dominée par l'idée de *réformation*.

D'abord, la législation royale ne concerne en principe que le droit public – dont le droit pénal, dans la mesure où il tend à la répression des atteintes à l'ordre public, constitue bien sûr une branche majeure. En un temps où le principe de séparation des fonctions administrative et judiciaire n'est pas encore posé, les mêmes officiers sont généralement chargés des deux : jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, tandis que tout administrateur est investi dans le domaine qui est le sien d'une compétence juridictionnelle, en sens inverse les juges prennent part à l'administration de leur ressort, considérée comme un prolongement normal de la justice. Relèvent donc au premier chef du droit public la justice et son fonctionnement, c'est-à-dire la procédure, qu'elle soit civile (au sens actuel du mot) ou pénale. Le couple « police et justice », avec ses prolongements financiers, constitue ainsi le champ naturel de l'activité normative du roi. Pour le reste, comme l'indique très clairement Beaumanoir (§ 683), la vie ordinaire des sujets – *leur vie privée* – est réglée par les usages et les coutumes ; loin de pouvoir les changer, le roi a l'obligation de les « garder », c'est-à-dire de les faire appliquer. Le domaine du droit privé *stricto sensu*, normalement régi par la coutume, ne peut donc faire l'objet d'interventions législatives.

Essentiellement publiciste, la législation royale vise à organiser la vie du royaume en vue du *commun profit*. C'est dire que les établissements (ou ordonnances) peuvent concerner des objets très divers, et d'importance variable : à côté de mesures ponctuelles, des textes plus longs s'attachent à organiser, ou réorganiser, tout ou partie de l'administration. Dans ce cas, l'idée centrale est celle de *réformation*, au sens strict de reformation : il s'agit de remettre l'administration ou la justice dans leur forme ancienne, ou dans l'ordre ancien, afin d'éliminer les injustices et les abus qui se sont introduits avec le temps. La première grande ordonnance de réformation est celle qui a été promulguée par Saint Louis en 1254, au retour de la croisade. Le roi avait interprété l'échec de son expédition « outre-mer » comme une sanction divine : Dieu n'avait pas voulu lui faire la grâce de la victoire en raison des péchés du royaume, à commencer par les trop nombreux abus des agents royaux. L'extirpation de ces abus, la lutte contre les injustices, en un mot une *réformation* énergique constituait donc le préalable indispensable à une nouvelle croisade. L'ordonnance imposait aux baillis et aux sénéchaux (les agents locaux du roi) un serment solennel très détaillé, véritable code déontologique des administrateurs royaux.



## 2. Le roi législateur du xvi<sup>e</sup> siècle à la Révolution

C'est au xvi<sup>e</sup> siècle que la doctrine a posé clairement la question des limites du pouvoir législatif du roi, et la question complémentaire des rapports de la loi et des coutumes. En 1576, Jean Bodin publie *Les six livres de la République* où il développe une conception « absolutiste » de l'État : la souveraineté est par nature *indivisible* (elle doit donc appartenir tout entière au roi) et elle est *absolue*, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de limites (du moins pas de limites politiques). Bodin en conclut que le roi peut « casser les coutumes », c'est-à-dire les modifier ou même les abroger par voie législative ; en revanche, les coutumes ne peuvent déroger à la loi. Pourtant, à la fin du xvi<sup>e</sup> siècle, cette opinion ne fait pas l'unanimité. Pour les juristes coutumiers, les coutumes sont elles-mêmes des sortes de « lois » dont le respect s'impose au roi, ou du moins dont le roi doit s'imposer le respect. Dans ces conditions, c'est le droit public qui reste le domaine normal de l'activité législative : pour Guy Coquille, commentateur des coutumes du Nivernais, « le roi peut faire des lois et ordonnances générales pour la *police universelle* du royaume ». La police, au sens très large que ce mot revêtait à l'époque, englobait l'ensemble de l'ordre public ; même si cette notion est susceptible d'extensions nombreuses, elle concerne fondamentalement le domaine du droit public.

En pratique, on constate que la royauté a pour l'essentiel respecté cette limite : jusqu'au seuil du xviii<sup>e</sup> siècle, les ordonnances qui touchent *directement* à une question de droit privé *stricto sensu* sont rares. Néanmoins, par le biais de la notion d'ordre public, certaines lois ont modifié *indirectement* es points de droit privé, tout particulièrement dans le domaine du droit des personnes et de la famille – mais on n'est pas très loin ici du droit public car « l'ordre des familles » est considéré à cette époque comme « le premier garant de l'ordre de l'État ». Si les grandes ordonnances du xvi<sup>e</sup> siècle, en particulier celles de Villers-Cotterêts (1539) et de Blois (1579) ont ainsi un champ d'intervention un peu plus large que celui des ordonnances médiévales, c'est surtout à partir de Louis XIV que la loi du roi tend à s'affirmer « absolument ». Est-ce à dire qu'elle peut absolument tout faire ? Louis XIV a promulgué quelques grandes ordonnances qui se présentent comme des textes complets, relativement à un secteur donné du droit, c'est-à-dire comme des *codes* : on parle donc de la « codification » louis-quatorzienne. Ce vaste ensemble comporte l'ordonnance civile (1667), l'ordonnance des eaux et forêts (1669), l'ordonnance criminelle (1670), l'ordonnance du

commerce (1673), l'ordonnance de la marine (1681), enfin l'ordonnance relative à la « police des Îles de l'Amérique », dite *Code Noir* (1685).

Quel est le domaine de ces ordonnances ? Colbert, héritier des légistes les plus étatistes, souhaitait une codification aussi complète que possible du droit français. Plus modéré que son ministre, ou plus conscient que lui des limites de son propre pouvoir, Louis XIV s'est contenté d'objectifs plus modestes. L'ordonnance civile de 1667 n'est en aucun cas un *Code civil*, pas plus que l'ordonnance criminelle de 1670 n'est un *Code pénal*. L'une et l'autre, dans la ligne des ordonnances de réformation de l'époque antérieure, ne sont que des *Codes de procédure*. Leur utilité est néanmoins patente : car la procédure, réglée dans les deux domaines civil et pénal par une longue suite d'ordonnances accumulées, présentait de ce fait nombre d'obscurités et de contradictions. Une telle situation laissait libre cours à la « malice des plaideurs », à la « cautèle des avocats » et à l'improvisation des tribunaux ; d'où une excessive « variété de jugements » – des jurisprudences incohérentes d'un ressort à l'autre –, des complications, des lenteurs, des frais de justice disproportionnés, « la ruine des familles par la multiplicité des procédures ». Comme le dit le roi dans le préambule de l'ordonnance civile, il s'agissait de remédier à tous ces défauts « par l'établissement d'un style (= une procédure) *uniforme* dans toutes nos cours et sièges ». De fait les deux ordonnances civile et criminelle ont à la fois simplifié, régularisé et unifié la procédure dans l'ensemble des tribunaux du royaume.

Si les deux ordonnances de 1667 et 1670 concernent exclusivement la procédure et appartiennent donc sans aucun doute au domaine du droit public, il en va différemment des deux suivantes, elles aussi préparées sous la direction de Colbert : les ordonnances du commerce et de la marine. L'une et l'autre se rattachent à la politique économique de la monarchie. Car l'État d'Ancien Régime a une politique économique, qui est une partie de la « police générale » et se rattache par là à la justice, au sens large du mot : le roi a le devoir d'assurer la subsistance matérielle de ses sujets et d'améliorer leurs conditions de vie. Mais l'objectif est aussi la puissance du royaume, qui implique évidemment sa prospérité. Colbert a fait sienne la doctrine mercantiliste : il s'agit de développer les productions et le commerce français, afin d'exporter le plus possible et d'importer le moins possible. Comment développer le commerce ? Colbert s'enquiert des usages du droit commercial et du droit maritime. On les trouve, là encore, disparates et incertains ; et aussi, quant au droit maritime, très largement tributaire de l'étranger – en l'espèce l'Angleterre, le concurrent direct, bientôt l'ennemi. Il s'agit donc d'unifier les grands

principes du droit commercial et de « franciser » autant que possible le droit maritime. De ce fait, les deux ordonnances de 1673 et de 1681, loin de se limiter à la procédure, touchent au fond même du droit. Mais il faut bien voir que ces matières étaient restées largement ignorées du droit coutumier proprement dit. Ainsi la promulgation des ordonnances du commerce et de la marine, bien qu'elles comportent du droit substantiel, ne constitue pas une atteinte au système coutumier : si le roi légifère, ce n'est pas *contre* la coutume, mais *en l'absence* de coutume, ou pour écarter des coutumes étrangères. Même sous Louis XIV, roi réputé absolu, la monarchie n'a donc pas légiféré directement contre les coutumes. Pour trouver les premières véritables exceptions à cette règle, il faut attendre le xviii<sup>e</sup> siècle, et les ordonnances du chancelier Henri d'Aguesseau.

Ce dernier a préparé trois ordonnances dont les deux plus importantes concernent les donations (1731) et les testaments (1735) – deux points sur lesquels la diversité coutumière était devenue gênante. Mais comme la démarche était nouvelle, car on touchait cette fois au fond du droit privé, la réforme fut préparée avec beaucoup de précautions. Les hautes juridictions furent consultées, leurs réponses firent apparaître de fortes divergences entre pays de coutumes et pays de droit écrit, surtout en matière testamentaire, et le rapprochement complet s'avéra impossible. Il fallut garder deux formes de testaments, l'une pour le Nord, l'autre pour le Midi. Si l'on n'a pas pu parvenir à une uniformisation complète, du moins s'en est-on approché : les variantes propres aux différentes coutumes furent éliminées, seul subsista le dualisme entre pays de coutumes et de droit écrit – dualisme profond, que seul le Code civil parviendra à surmonter.

# Chapitre IV

## De la codification à la décodification

Ce qui caractérise essentiellement l'Ancien Régime juridique de l'Europe, c'est la grande *diversité* des sources et des modes d'expression du droit. Considérée dans son ensemble, l'ancienne Europe possède un *droit commun*, composé de droit romain et de principes canoniques, complétés par les commentaires de la doctrine savante et mis en œuvre avec une assez grande liberté par les tribunaux. Mais ce droit commun n'est pas un droit unique : il est dans son principe de laisser subsister de nombreux droits particuliers (*droits propres*) applicables localement.

Il en va de même en France où l'émergence du « droit français » comme droit commun national laisse subsister une grande diversité du paysage juridique. À vrai dire, ce pluralisme de l'ancienne France n'était pas seulement juridique et institutionnel, il s'observait dans tous les domaines de la vie sociale : chaque province, chaque petit « pays » avait ses usages agraires, ses rites festifs, ses dévotions locales, ses poids et mesures, ses traditions vestimentaires, ses spécialités culinaires...Et surtout chaque région du royaume avait sa langue à elle, chacune des grandes langues régionales se subdivisant à son tour en une série de dialectes locaux.

C'est contre cette chatoyante diversité, héritée d'une longue histoire, que l'esprit philosophique du xviii<sup>e</sup> siècle s'est acharné. La raison se dresse alors contre l'histoire, rejette le multiple, exige l'un et l'uniforme : dans le domaine du droit, c'est la *Loi*, conçue désormais comme règle *unique*, qui doit être l'agent rigoureux de l'uniformisation de la société. Cette conception nouvelle est développée par le courant des Lumières (I) avant d'être mise en œuvre par la Révolution (II). Du point de vue technique, le nouvel idéal législatif culmine dans l'idée de *Code*, désormais défini comme législation systématique, nouvelle, exhaustive. Si la Révolution n'est pas vraiment parvenue à codifier (sauf, de façon très imparfaite, le droit pénal), il revient au régime d'ordre qu'elle engendre, celui de Napoléon Bonaparte, de mener à

bien la vaste codification qui constitue la première assise du droit français contemporain (III) et qui lui a valu une longue période de stabilité, avant les profonds bouleversements d'aujourd'hui (IV).

# I. Les « Lumières » du droit

## 1. Raison et progrès

Dans la philosophie traditionnelle – celle, pour simplifier, de Thomas d'Aquin – la raison humaine est considérée comme un don de Dieu : c'est le Créateur qui a doté l'être humain d'une certaine capacité de discernement, de raisonnement, de compréhension du monde. Mais l'homme n'est qu'une créature imparfaite et sa raison reste limitée, voire infirme. Au xviii<sup>e</sup> siècle, cette conception est remise en cause. Contre l'« obscurantisme » entretenu par les religions, la Raison humaine est proclamée souveraine. Rien ne lui est impossible : il n'y a pas de mystères dans il n'y a que de l'ignorance. Métaphore omniprésente désormais : les *Lumières* de la Raison doivent dissiper les ténèbres de la superstition et faire reculer l'ignorance. Les progrès des sciences exactes, surtout ceux de la physique à partir de Newton, conduisent les philosophes des Lumières à considérer l'Univers comme une vaste machine, peut-être un peu complexe, mais organisée selon des lois mathématiques et donc, à terme, parfaitement connaissables. Se développe à partir de là un véritable culte de la Science et du Progrès, dont les Encyclopédistes, au milieu du xviii<sup>e</sup> siècle, sont les principaux propagandistes. Pour Voltaire, l'Univers est une horloge ; s'il postule encore l'existence d'un Être suprême, c'est parce qu'il faut bien un horloger...Mais il va sans dire que ce « dieu » est une déduction purement intellectuelle : toutes les religions révélées, à commencer par le christianisme, ne sont que des absurdités qui doivent être fermement combattues. L'antichristianisme est ainsi un ressort majeur des Lumières ; Voltaire, Diderot, Helvétius, D'Holbach s'en feront les champions. Mais la religion n'est pas la seule cible des partisans du Progrès : toutes les institutions traditionnelles sont soumises à la même critique, et rejetées comme des « vieilleries ».

Première vieillerie : la royauté *traditionnelle*. Car ce n'est pas la royauté en tant que telle que rejettent la plupart des philosophes, c'est la royauté de *droit divin*, trop évidemment liée au catholicisme. Comment tolérer, à l'âge de la Raison, qu'un roi puisse encore être sacré ? Le modèle des monarques, c'est Frédéric II de Prusse : roi

philosophe, chef énergique d'un État moderne, garant efficace de l'ordre public. Telle est la formule du *despotisme éclairé*. Voltaire et Mirabeau célèbrent Frédéric, Diderot fait sa cour à Catherine de Russie : le parti de la Raison n'est pas démocrate. À la critique de l'ancien droit public s'ajoute celle du droit privé, tout spécialement dans sa dimension pluraliste. Si l'opinion éclairée rejette la diversité coutumière héritée de l'histoire, c'est pour deux raisons essentielles. D'abord, le rejet des privilèges. Au xviii<sup>e</sup> siècle, le sens de ce mot change : il ne désigne plus, de manière objective, des statuts particuliers, mais, de façon de plus en plus péjorative, des avantages injustifiés, voire des faveurs inadmissibles. On stigmatise l'arrogance et le parasitisme des ordres « privilégiés », le clergé et la noblesse ; on critique, non sans fondement, les avantages fiscaux parfois considérables dont ils bénéficient et auxquels ils ne veulent pas renoncer. Mais à partir de cette critique des privilèges sociaux, c'est tout le système des statuts particuliers qui est remis en question, et donc le pluralisme coutumier.

Celui-ci est condamné aussi au nom de la rationalité juridique. Il n'est pas logique, estiment les censeurs des coutumes, que des règles différentes s'appliquent en même temps dans les diverses provinces d'un même État. « En France, raille Voltaire, en voyageant, on change de lois plus souvent que de chevaux. » Vient enfin l'argument de l'efficacité économique : les économistes les plus influents du siècle, les physiocrates, plaident pour la libre circulation des hommes et des marchandises, la suppression des douanes intérieures, des péages, de tous les obstacles à la circulation quels qu'ils soient. L'objectif est la création d'un grand marché national homogène, propice à l'épanouissement des affaires : « Qu'il n'y ait qu'un poids, qu'une coutume, qu'une mesure », telle est la conclusion de Voltaire. Ainsi est rejeté sans appel, au nom de la Raison et du Progrès, tout l'ancien droit. Par quoi va-t-on le remplacer ? La réponse tient en un mot : la Loi !

## 2. Nomophilie

Le siècle des Lumières a eu le culte de la loi, l'amour de la loi : *nomophilie*. Une fois la société créée de toutes pièces par le contrat social, la loi intervient d'abord pour organiser politiquement cette société et régler le jeu des pouvoirs : c'est la loi fondatrice, « constitutive » de l'État, la constitution. Mais il faut aussi des lois pour assurer le fonctionnement ultérieur de la société, sa vie paisible – ce sont les lois « ordinaires », à qui incombe le réglage régulier de la

mécanique sociale. La loi, pourvu qu'elle soit bonne, suscite une confiance illimitée : « Si les lois sont bonnes, les mœurs sont bonnes », affirme Diderot. Et leur pouvoir, du même coup, peut être illimité, car c'est le pouvoir même de la Raison. Si tout le siècle communie dans le culte de la loi, les avis divergent sur les modalités de sa création et sur ses risques. On s'en tiendra à la conception qui l'a emporté par la suite, avec la Révolution, celle de Rousseau.

Pour l'auteur du *Contrat social* (1762), la loi ne peut émaner que de la communauté politique elle-même, seule souveraine et seule capable d'exprimer une volonté *générale*. La loi se définit donc comme l'*expression de la volonté générale*. De ces prémisses découlent les caractères de la loi, qui sont ceux de la volonté générale. D'abord, le domaine de la loi est par nature *illimité*. Montesquieu l'avait déjà noté, mais pour en souligner les risques. Rousseau, lui, n'y voit aucun inconvénient : la loi n'exprime-t-elle pas la volonté du peuple ? Comment le peuple pourrait-il vouloir se nuire à lui-même ? Pour la même raison, la loi est *infaillible* : la volonté générale « ne peut errer », affirme Jean-Jacques, elle est « toujours droite », elle a toujours raison. Enfin la loi est un commandement *absolu* : une fois délibérée dans des conditions convenables, elle s'impose à tous, même à ceux qui ne l'ont pas votée et que l'on peut contraindre à lui obéir par la force. C'est « l'absolutisme de la volonté générale », que l'on verra à l'œuvre tout au long de la Révolution. En effet, si le *Contrat social* était pour son auteur un exercice théorique, ses lecteurs, surtout dans la décennie 1780, voudront en faire un manuel pratique. On en tire à cette fin quelques idées simples : 1/ la loi est *la seule* source du droit ; 2/ elle peut, comme le souverain lui-même, *tout* vouloir ; 3/ en principe, c'est bien le peuple lui-même qui fait la loi ; mais cet idéal n'est praticable que pour les peuples « institués », déjà formés à la « civilité », et de petite taille ; pour un peuple nombreux et déjà marqué par de mauvais plis, il faudra bien qu'une élite choisie le *représente* et dise, à sa place, ce qui lui convient.

Cette conception d'une Loi qui absorbe en elle-même la totalité de l'ordonnancement juridique n'est pas sans conséquence sur la fonction judiciaire. La loi doit être simple et claire, de façon à être comprise par tous, mais elle doit en même temps être aussi précise que possible, afin que ne surgisse aucune difficulté d'interprétation. « Que toute loi soit claire, uniforme, précise, affirme Voltaire : l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre. » L'exaltation de la Loi – sa *sacralisation* – débouche ainsi sur l'asservissement du juge. « Dans le gouvernement républicain, avait écrit Montesquieu, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent *la lettre de la loi* » (E. L., VI, 3). Dans la seconde moitié du xviii<sup>e</sup> siècle, c'est ce principe d'une *légalité*

*stricte* qui est adopté par les réformateurs éclairés, en particulier dans le domaine pénal. Par réaction contre le principe traditionnel de l'« arbitraire des juges », on demande des lois très précises, afin que le juge n'ait même pas à en « chercher l'esprit ». Tel un automate, il devra s'en tenir à l'application littérale et mécanique du texte sacré.

Cette méfiance à l'égard des juges n'est en réalité qu'un aspect particulier d'une conception plus générale, typique de la philosophie des Lumières, mais déjà présente au xvii<sup>e</sup> siècle : celle de la société comme *mécanisme*. La société n'est plus conçue comme un organisme naturel, mais comme une vaste machine construite de toutes pièces par les législateurs. Ceux-ci, trouvant les hommes comme « des petits ressorts isolés » dans la nature, ont entrepris de les rapprocher pour « composer une belle machine qu'ils ont appelée société » (Diderot). Telle est l'opinion commune des despotes éclairés et des intellectuels qui les inspirent : les citoyens ne sont que de simples rouages, ou des ressorts, que le législateur fait agir à son gré. Homme machine, Société machine : nous sommes à l'origine de ce que l'on appellera plus tard l'« ingénierie sociale » – idée maîtresse de toutes les technocraties. Comment concilier cette conception avec l'idéal démocratique ? La Révolution va tenter d'apporter une réponse.

## II. La Révolution du droit

### 1. La Nation souveraine

Si l'ancienne France était une patrie (la terre des pères, *patres*, placée sous l'autorité « paternelle » du roi), la France nouvelle se veut d'abord une Nation. Au cours du xviii<sup>e</sup> siècle, ce mot a pris un sens plus politique, les théoriciens les plus hardis n'hésitant pas à opposer les « droits de la Nation » à ceux du monarque. Il revenait à l'abbé Sieyès (1748-1836) de donner au concept son contenu actuel. Après avoir esquissé sa théorie dans une brochure intitulée *Qu'est-ce que le tiers état ?*, publiée en janvier 1789 en vue de la réunion des États généraux, Sieyès (député de Paris) la développe dans un grand discours prononcé devant les députés du tiers état le 17 juin 1789 : c'est le texte fondateur du nouveau régime. Il se résume en quatre points :

1. *la Nation est souveraine ;*

2. le tiers état, formant à lui tout seul « les quatre-vingt-seize



centièmes de la Nation », constitue « la Nation tout entière » ;

3. les députés du tiers, *représentant* à eux seuls la Nation tout entière, forment donc l'*Assemblée nationale* ;
4. celle-ci représente *parfaitement* la Nation : elle exprime donc, sans restriction aucune, la volonté nationale.

Avec Rousseau, Sieyès affirme que la souveraineté appartient à la communauté civique dans son ensemble ; mais, à l'encontre de Rousseau, il ne conçoit cette souveraineté que déléguée à des représentants. Ainsi non seulement la Nation est *souveraine*, mais dans le même temps elle est *représentée*. Par rapport à la représentation qui avait cours dans l'Ancien Régime, par exemple dans le cadre des États généraux, la représentation selon Sieyès est d'un genre nouveau. Jusque-là, les députés d'un corps fonctionnel ou d'une communauté territoriale n'étaient que les mandataires de leurs électeurs, au sens du droit privé. Ils étaient porteurs d'instructions précises, qu'ils ne pouvaient transgresser. C'était un mandat classique de droit privé, exprès, limité, révocable, *impératif*. Pour Sieyès, au contraire, les députés ne sont plus des mandataires de droit privé ; ce sont des *représentants* de droit public. Chacun d'entre eux n'est pas le mandataire de ses seuls électeurs, mais tous les députés ensemble, formant « corps », représentent la totalité de la Nation. Ainsi l'Assemblée représente la Nation *parfaitement* : selon une présomption irréfragable, ce que veut l'Assemblée est *exactement* ce que veut la Nation ; la volonté de l'Assemblée est donc, sans aucune condition ni réserve, la volonté nationale. Du coup, cette volonté ne peut qu'être absolument libre ; les électeurs eux-mêmes ne peuvent y mettre ni bornes ni conditions. *Tout mandat impératif est nul* : voilà le principe, tel que le rappelle encore aujourd'hui l'article 27, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958.

Là-dessus vient se greffer, souvenir de Montesquieu, l'idée de séparation des pouvoirs. Le principe en est posé (encore que sa formulation puisse prêter à discussion) par l'article 16 de la Déclaration : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » De fait, les Constituants prennent soin de bien distinguer les trois « pouvoirs ». Mais tout en les distinguant, ils les hiérarchisent. Le pouvoir essentiel, c'est celui de faire les lois : il sera confié à une assemblée élue. Quant aux deux autres pouvoirs, ils sont à la fois cantonnés et subalternes. Le roi, même si on le reconnaît comme « représentant héréditaire de la Nation », n'est en réalité qu'un exécutant : « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la

loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance » (Const. de 1791, III, II, section 1<sup>re</sup>, art. 3). Les juges ne sont eux aussi que les serviteurs de la loi, et des serviteurs dociles, puisque la théorie du juge machine leur est bientôt appliquée. Sacre de la Nation, dont les représentants font la Loi : voilà le premier résultat de la Révolution politique. La deuxième étape fut la Déclaration des droits de l'homme.

## 2. Les droits de l'homme et la Loi

Il faut partir du texte adopté le 26 août 1789 par la toute nouvelle Assemblée constituante. Partie intégrante du préambule de la Constitution de 1958 (après celle de 1946), la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est une pièce essentielle de notre actuel ordonnancement juridique depuis que le Conseil constitutionnel l'a intégrée au « bloc de constitutionnalité » (d. du 16 juillet 1971). Il faut ici en dire un mot non sous l'angle du droit actuel, mais en nous interrogeant sur la philosophie qui l'inspire et sur l'articulation qu'elle suggère entre les droits individuels fondamentaux et la loi. On part d'un point de vue libéral, celui qui remonte à Locke et à Montesquieu : il s'agit non pas d'instituer, mais simplement de *déclarer* les « droits naturels, inaliénables et sacrés » de l'homme. Que ces droits préexistent au pacte social (droits de l'homme *stricto sensu*) ou qu'ils en résultent (droits du citoyen), ils constituent en tout état de cause des barrières que l'État ne saurait franchir : toute tentative de cette sorte serait oppressive et légitimerait la résistance des citoyens. Cette conception libérale dicte l'article 2 de la Déclaration : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. » On est ici dans la ligne des Déclarations américaines, adoptées au début de la guerre d'Indépendance par la Virginie (juin 1776), la Pennsylvanie (septembre 1776), le Delaware (septembre 1776), le Maryland (novembre 1776), la Caroline du Nord (décembre 1776), le Massachusetts (mars 1780), et qui s'inscrivent elles-mêmes dans la tradition du *Bill of Right* anglais de 1689, celle de Locke. La Déclaration de 1789 semble donc s'y rattacher aussi.

En réalité les choses sont bien différentes, car tout en reconnaissant un ensemble (d'ailleurs incomplet) de droits et de libertés, notre texte est aussi tributaire de la doctrine de Rousseau. « La loi est l'expression de la volonté générale », affirme la première phrase de l'article 6, qui est du pur Rousseau. Et la conception de la loi qui sous-tend toute la

Déclaration est bien celle de Rousseau : comme la volonté générale dont elle émane, la loi est illimitée, absolue, infaillible. Dès qu'elle a parlé, toute autre considération doit disparaître. Or c'est la loi, ici, qui a le dernier mot, c'est elle qui parle encore *après* la déclaration des libertés fondamentales, et même après la Liberté tout court. Celle-ci est définie à l'article 4 comme le pouvoir de « faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Mais la phrase suivante ajoute aussitôt que ce pouvoir a des « bornes », lesquelles « ne peuvent être déterminées que par *la loi* » : la loi est donc bien la limite de la liberté. Certes, l'article 5 se veut rassurant : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » ; mais qui posera le critère du « nuisible », si ce n'est, justement, le législateur lui-même ? On tourne en rond. Pour briser le cercle, il faudra instituer un « juge de la loi ». Ce sera, en 1958, le Conseil constitutionnel.

En attendant la loi est non seulement la seule source possible du droit, mais une source illimitée et omnipotente. Les juges n'en sont que les serviteurs dociles, leur rôle se bornant à l'application mécanique de textes présumés parfaits, qu'ils ne peuvent donc ni compléter ni interpréter. La procédure du référé législatif – le juge doit obligatoirement recourir au législateur en cas de doute sur le sens de la loi – en est la conséquence.

### 3. L'uniformisation

Les nouveaux principes proclamés dans les premières semaines de la Révolution impliquaient l'abolition totale du passé institutionnel et juridique du pays, et la mise en place de structures radicalement nouvelles. Le premier acte de la « révolution du droit » est posé par l'Assemblée constituante au cours de la nuit du 4 août 1789 : c'est l'abolition des privilèges. Au-delà de la condamnation – légitime – du parasitisme de la noblesse et du caractère injuste de ses avantages fiscaux, l'abolition des privilèges est justifiée par deux principes : l'individualisme et l'égalité des droits. Seuls les individus, et non les groupes, sont titulaires de droits ; et comme tous les individus sont égaux entre eux, ils doivent tous être soumis au même droit, un droit *unique*. Unique et *uniforme* : c'est donc la fin de la diversité juridique qui avait jusque-là caractérisé le royaume. Avant d'engager le processus d'uniformisation du droit privé, la Constituante commence par niveler le territoire.

C'est l'article 10 du décret des 5-11 août 1789 qui abolit expressément les privilèges territoriaux : « Une constitution nationale et la liberté publique étant plus avantageuses aux provinces que les privilèges dont

quelques-unes jouissaient et dont le sacrifice est nécessaire à l'union intime de toutes les parties de l'Empire, il est déclaré que tous les privilèges particuliers des provinces, pays, principautés, cantons, villes et communautés d'habitants... sont abolis sans retour et demeureront confondus dans *le droit commun des Français*. » Remarquons le glissement de sens que subit ici l'expression *droit commun* : ce n'est plus seulement, comme dans l'Ancien Régime, un corps de principes généraux laissant subsister des droits particuliers (ou *propres*), c'est bel et bien un droit *unique* qui se substitue entièrement aux droits particuliers abolis. Pour les Constituants, les provinces sont non seulement les vestiges d'un passé historique trop lourd, elles sont aussi le siège de particularismes qui divisent la Nation et perpétuent en son sein des inégalités choquantes. À la place des provinces supprimées, l'assemblée institue les *départements*, cadres uniformes et radicalement nouveaux de l'administration territoriale. Un projet de découpage départemental prévoyait même que les nouvelles circonscriptions seraient des carrés de 18 lieues de côté ! Les commissions régionales de découpage ont finalement tenu compte de la géographie, mais (sauf exception) les départements sont délibérément des entités dépourvues d'histoire. Aussi leur attribue-t-on des noms nouveaux, pris pour la plupart dans la nomenclature des fleuves ou des montagnes. Chaque département est divisé en districts, et chaque district en cantons (décret du 22 décembre 1789). Ainsi est réalisée cette *surface égale* dont Mirabeau expliquait à Louis XVI, dans une lettre du 3 juillet 1790, à quel point elle « facilite l'exercice du pouvoir ». Elle favorise aussi puissamment les intérêts économiques : c'est la réalisation du grand marché national si ardemment souhaité par les économistes des Lumières.

Quant au principe d'uniformité du droit privé, il est affirmé par la loi du 5 juillet 1790 : « Il sera fait un Code général de lois simples, claires, et appropriées à la Constitution » – entendons : en harmonie avec le nouveau régime politique. Le projet d'une codification générale est réaffirmé à la fin du titre I<sup>er</sup> de la Constitution de 1791 : « Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume. » En réalité, ce Code ne verra le jour qu'en 1804, après l'échec des tentatives successivement effectuées entre 1793 et le début du Consulat : trois projets officiels préparés par Cambacérès en 1793, 1794 et 1796 ; les suivants rédigés par Target et Jacqueminot en 1798-1799.

Incapable de mener à bien la rédaction d'un Code civil complet, la Révolution n'en a pas moins profondément bouleversé l'organisation sociale et juridique du pays par une série de lois particulières qu'il n'est évidemment pas question de décrire ici. Ces lois mettent en place

un nouveau type d'État : un État rationnel, conforme au modèle rêvé par les philosophes, et attaché comme ils l'avaient souhaité à la *régénération* non seulement de la société, mais aussi de l'homme lui-même. Très significative à cet égard est la politique religieuse de la décennie révolutionnaire, qui a visé d'abord à domestiquer l'Église, puis à déchristianiser le pays. Dix ans après la prise de la Bastille, le général Bonaparte prenait le pouvoir par un coup d'État militaire. Premier consul en l'an VIII (1800), Consul à vie en l'an X (1802), il est proclamé Empereur en l'an XII (1804). Du point de vue de l'histoire du droit, les années 1804-1810 constituent une période faste : celle des grandes codifications.

### III. La codification napoléonienne

#### 1. Le Code civil

Constituée par un arrêté consulaire du 12 août 1800, la commission chargée de rédiger un nouveau projet de Code civil reflétait parfaitement l'esprit de conciliation qui animait le Premier Consul. Elle comprenait quatre membres, tous juristes éminents, politiquement modérés, mais issus de traditions régionales différentes, et donc très complémentaires. Le président Tronchet, ancien avocat au Parlement de Paris, était évidemment spécialiste de la coutume de Paris. À ses côtés, trois autres grands juristes : un breton d'opinions traditionnelles, Bigot de Préameneu, spécialiste de la coutume de Bretagne, qui devait représenter au sein de la commission la tradition juridique de l'Ouest ; Maleville, originaire du Périgord, celle du Sud-Ouest ; enfin le provençal Portalis, ancien avocat au Parlement d'Aix-en-Provence, juriste exceptionnel, à coup sûr le plus brillant des quatre, qui allait faire entendre la voix puissante de la tradition romaine et du droit naturel (tel qu'on l'entendait à son époque). C'est Portalis qui a rédigé l'admirable *Discours préliminaire du projet de Code civil*, resté justement célèbre. Au-delà de leurs spécialités complémentaires, ces quatre juristes avaient lu les grands auteurs de l'ancien droit : Cujas, Domat, D'Aguesseau et surtout Pothier, à qui ils ont emprunté beaucoup.

Cette commission, à la fois peu nombreuse et bien composée, rédigea un premier projet en quatre mois. Il fut d'abord soumis pour avis au

Tribunal de cassation et aux Tribunaux d'appel (qui deviendront en 1806 respectivement Cour de cassation et Cours impériales d'appel). L'ensemble formé par le texte de la commission et les avis des hautes juridictions fut ensuite soumis au Conseil d'État, chargé de la rédaction définitive du projet, qui consacra 87 séances à la discussion du Code civil. Le Premier Consul avait un goût réel pour le droit, mais il avait surtout le sentiment de son importance politique. Il savait que dans l'histoire tous les princes restaurateurs d'Empires avaient été aussi des princes législateurs : Auguste, Justinien, Charlemagne... « Nouveau Justinien », relativement assidu au Conseil d'État, il y fit quelques interventions pertinentes, en particulier sur l'adoption et le divorce, l'incapacité de la femme, l'autorité paternelle, les enfants naturels... Après un passage devant le Tribunat, « assemblée de bavards » qui fit une opposition inutile, le projet fut adopté par le Corps législatif en une série de 36 lois successives, en 1803 et au début de 1804. L'ensemble fut regroupé et promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) « contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français ».

Le Code comporte 2 281 articles répartis selon un plan à la fois classique et très clair. Outre un titre préliminaire, consacré aux dispositions générales sur les lois, il est divisé en trois livres. Le premier traite des personnes, le deuxième des biens et le troisième « des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Sur le fond, le Code répond bien au schéma des codifications modernes en ce qu'il abroge expressément tout le droit antérieur. Pour autant, le Code ne sort pas de rien : il est tributaire du passé, un passé lointain ou plus récent. La grande idée de Bonaparte, dans ce domaine comme dans les autres, était de faire œuvre durable. La première exigence était donc le réalisme : pour être accepté, le nouveau droit civil devait être applicable à la société française réelle, telle qu'elle avait été façonnée non seulement par les dix années de Révolution, mais aussi par les siècles antérieurs. En un mot, il fallait que le droit tînt compte de l'état réel de la société : « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, affirme Portalis dans le *Discours préliminaire* ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur [...] ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites... »

Autre idée essentielle : le Code, comme toute loi, doit garder un niveau suffisant de généralité, sans prétendre prévoir et régler toutes les situations possibles. Car la vie sociale est de toute façon beaucoup trop complexe pour se laisser enfermer dans des formules juridiques closes, aussi détaillées soient-elles : « L'office de la loi est de fixer, par

de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. » À qui appartient-il alors de tirer les *conséquences*, en appliquant les *principes* aux cas d'espèce ? C'est évidemment le rôle du juge, dont l'office traditionnel est ainsi restauré. Après le juge automate cher aux théoriciens des Lumières, c'est le retour du juge « judicieux », capable d'exercer son intelligence et son « jugement ». Le Code met ainsi un terme au calamiteux système du référé législatif.

Quant au fond, c'est une sorte d'amalgame, ou de transaction, entre l'ancien droit et le nouveau. Ce « concordat » entre l'héritage de l'Ancien Régime et les innovations révolutionnaires est évidemment complexe. Selon les sujets, c'est l'une ou l'autre influence qui l'emporte. En droit des obligations, on reste dans la continuité directe de l'ancien droit, et le Code reprend, parfois textuellement, les apports des derniers grands juristes de la monarchie, Domat et Pothier. En revanche, la propriété est définie comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » (art. 544), par opposition à l'ancien droit qui admettait des propriétés relatives et simultanées. Quant au droit de la famille, combinant tradition et nouveauté, il conjugue individualisme de principe et restauration de l'autorité du chef : pour Bonaparte il fallait absolument « renouer les liens rompus de la déférence » naturelle que les enfants doivent à leurs parents et les femmes à leurs maris. Néanmoins ce retour à « l'ordre des familles » n'allait pas jusqu'à remettre en cause, du moins de façon radicale, le droit successoral institué par la Révolution et qui tendait à l'égalisation progressive des patrimoines. De même le divorce, institué par une loi de 1792, est simplement réformé dans un sens restrictif.

## 2. Les autres Codes

Il y en a quatre : le Code de procédure civile (1806), le Code de commerce (1807), le Code d'instruction criminelle (1808) et le Code pénal (1810). Le Code de procédure civile était le prolongement naturel du Code civil. Matière aride, la procédure n'a pas soulevé les passions. L'avant-projet a été confié dès 1802 à une commission de cinq membres dont le plus influent a été Pigeau. Praticien, ce dernier s'est largement inspiré du droit qu'il connaissait, celui de l'Ordonnance civile de 1667. Là aussi les tribunaux furent invités à donner leur avis, après quoi le Conseil d'État arrêta le projet définitif. Sur 23 séances, l'empereur n'en présida qu'une – signe de son faible intérêt pour la matière. Que ce Code soit aussi dépendant de

l'ordonnance louis-quatorzienne est peut-être une preuve supplémentaire de la grande qualité du modèle ; c'est peut-être aussi la conséquence d'un défaut d'imagination des rédacteurs. D'un point de vue purement politique, cette continuité a parfaitement convenu à Napoléon, alors en pleine « reconstitution » monarchique. La rédaction du Code de procédure civile n'en est pas moins une occasion manquée : on a surtout reproché à ce Code de ne pas s'ouvrir par une partie théorique, où auraient été exposés les grands principes de la procédure civile et les grandes règles de l'organisation judiciaire. Ce point sera corrigé dans le Nouveau Code de 1975.

Dès la fin de l'Ancien Régime une réforme de l'Ordonnance de 1673 avait été mise en chantier : en 1789, un projet de Code de commerce était en cours d'examen devant le Parlement de Paris. Ici encore le travail efficace n'a repris qu'en l'an IX. Une commission de rédaction fut désignée, composée de praticiens du commerce, dont le principal était Gorneau. Un premier texte, achevé en frimaire an X (décembre 1801) se bornait à reprendre les ordonnances de 1673 et de 1681. Soumis aux avis des tribunaux, ce projet a été amendé en 1803. Préparé dans l'ombre du Code civil, le Code de commerce apparaît clairement comme un *droit d'exception* par rapport au droit civil, *droit commun*. Loin de former un système complet, ce Code est conçu dès le départ comme lacunaire par nature : « Les lois du commerce n'étant que des lois d'exception qui reçoivent leur complément du droit civil, ne peuvent seules former un système complet sur presque aucune des matières qu'elles règlent » (Locré). De fait, après la promulgation du Code civil, on a l'impression que le projet de Code de commerce est oublié. C'est la crise économique de 1805, suivie en 1806 de faillites retentissantes, qui l'ont remis d'actualité. Indigné par les fraudes des banqueroutiers, Napoléon voulait surtout réformer le droit de la faillite dans un sens très répressif. La discussion au Conseil d'État occupa 68 séances, de novembre 1806 à août 1807. Voté par le Corps législatif en septembre, le Code de commerce est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1808. Replacé dans l'ensemble de la codification napoléonienne, c'est peut-être le caractère lacunaire de ce Code qui le rend intéressant. Car bien que sa promulgation emportât en principe abrogation de tout le droit antérieur dans les matières sur lesquelles il statuait, il fallut bien admettre que dans les matières qu'il ne réglait pas l'ancien droit subsistait. Le Conseil d'État l'admit dans un avis de 1811 : dans le silence du Code de commerce, les tribunaux peuvent recourir « au droit commun et aux usages du commerce ». À vrai dire, ce Code reflète un état du droit déjà dépassé : il ignore en particulier la notion de fonds de commerce que la pratique notariale avait pourtant dégagée dès la fin de l'Ancien Régime.



Reste le droit pénal. À peine devenu Premier Consul, Bonaparte s'est attaché à la réforme de la législation pénale. Il souhaitait qu'un même texte regroupe le droit pénal et la procédure criminelle. Un projet de *Code criminel, correctionnel et de police* fut rédigé en trois mois, au début de 1801. La philosophie du projet était simple : pour justifier son coup d'État, Bonaparte avait promis aux Français « les bienfaits de l'autorité qui protège et la force de l'autorité qui réprime ». De fait, après une décennie de convulsions sanglantes et de constante insécurité, le pays aspirait à un ordre régulier, fût-ce au prix d'une répression très dure de la délinquance. Soumis aux tribunaux, ce projet a suscité de vives critiques, surtout dans sa partie procédurale. La discussion commença au Conseil d'État en mai 1804 ; Bonaparte y fut d'abord très assidu. Mais au bout de quelques mois les travaux furent interrompus et on décida de préparer séparément deux Codes, l'un pour la procédure, l'autre pour les infractions et les peines. C'est le *Code d'instruction criminelle* qui fut adopté le premier, le 16 décembre 1808 ; le *Code pénal* sera achevé en 1810, les deux Codes entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1811.

Le Code d'instruction criminelle est le fruit de longs travaux préparatoires auxquels furent naturellement associés les tribunaux. En matière criminelle, la grande question était de savoir si l'on devait ou non maintenir les jurys de citoyens que la Constituante avait instaurés, sur le modèle anglais, d'abord pour décider de l'accusation (jury d'accusation), puis pour prononcer le jugement (jury de jugement). Depuis 1791, ces deux jurys avaient plutôt mal fonctionné, de sorte que nombre de magistrats demandaient leur suppression pure et simple : alléguant leur expérience de l'ancien droit, ils plaidaient pour le retour à l'Ordonnance de 1670, plus ou moins retouchée. On décida finalement de combiner les deux procédures, celle de l'Ancien Régime et celle de la Constituante : on revenait à la première pour la phase d'instruction préparatoire, on en restait à la seconde pour la phase de l'instruction définitive et du jugement. Pour l'instruction préparatoire, c'est le souci de l'*ordre public* qui l'emporte : le jury d'accusation est supprimé et l'instruction, à nouveau secrète et de type inquisitoire, est rendue aux magistrats. Pour le jugement du procès criminel (précédé de l'instruction définitive à l'audience), le Code de 1808 conserve le jury – toujours considéré comme la meilleure garantie des *droits individuels*. Devant la cour d'assises les débats sont publics, oraux, contradictoires, et l'accusé a droit à l'assistance d'un avocat. Le Code d'instruction criminelle est donc bien, comme le Code civil, une œuvre de transaction entre les principes de l'Ancien Régime et ceux de la Révolution.

Le Code pénal est lui aussi une œuvre de transaction. La Constituante,

retrouvant (sans en avoir conscience) une idée chère aux canonistes, avait voulu que les peines servent à l'amélioration des coupables. Cette idée est désormais rejetée comme utopique : « Ne craignons pas de le dire, cette assemblée (= la Constituante) a trop souvent considéré les hommes non tels qu'ils sont, mais tels qu'il serait à désirer qu'ils fussent ; elle était mue par un espoir de perfectibilité qui malheureusement ne se réalise pas. » Le seul et unique but de la peine est l'utilité sociale : « La société doit être conservée, et à des calamités présentes il faut opposer des remèdes rapides : tel est le but des lois criminelles et du Code pénal » (Target, rapporteur du premier projet). Du coup, le Code pénal est ouvertement répressif : le champ de la peine de mort est élargi, la prison perpétuelle (qui n'existait pas dans le Code de 1791) est instaurée. Mais ce qui marque le mieux le caractère transactionnel du Code, c'est l'assouplissement du principe de légalité. Le Code pénal de 1791, mettant en œuvre le strict légalisme des Lumières, ne comportait que des peines fixes, ce qui ne laissait aux juges aucune marge d'appréciation. Cette fixité absolue des sanctions pénales avait beaucoup gêné les tribunaux. Comme le remarquait Target, la variabilité infinie des actions humaines condamne la fixité des peines. C'est pourquoi le Code pénal de 1810 établit pour certaines infractions un maximum et un minimum de peine, les juges pouvant « arbitrer » entre ces deux limites en fonction des circonstances de chaque espèce. Toutefois cet arbitrage n'était pas encore possible pour les crimes les plus graves : c'est seulement la loi de 1832, en généralisant le système des circonstances atténuantes, qui permettra la modulation des peines dans tous les cas. Néanmoins le sens de l'évolution est clair : comme en matière civile, c'est la conception du juge automate qui recule, c'est un meilleur équilibre qui s'instaure entre le juge et la loi.

## **IV. Dépassement des Codes et « décodification »**

« Le Code civil... a été d'une stabilité comparable à celle du franc de Germinal » (Jean Foyer). De fait, la stabilisation du droit privé opérée par le Code n'est pas sans rapports étroits avec la stabilisation de la monnaie réalisée, pour plus d'un siècle (car le franc a gardé la même valeur jusqu'à la Première Guerre mondiale), par la loi du 7 germinal an XI (28 mars 1803). Pendant près d'un siècle, le Code n'a reçu que fort peu de modifications. En 1904, la III<sup>e</sup> République célèbre avec éclat son premier centenaire. Napoléon I<sup>er</sup> est à nouveau à la mode –

la première de l'*Aiglon* a été donnée le 10 mars 1900 – et ses mérites de grand Législateur sont donc célébrés avec emphase. À vrai dire ces dithyrambes, propres au genre des célébrations officielles, ne doivent pas occulter les interrogations de plus en plus critiques d'une partie de la doctrine sur l'œuvre impériale. De son côté, la jurisprudence devenait plus audacieuse. Dès la fin du siècle, c'est donc un regard nouveau que les juristes portent sur le Code. En 1904, l'idée d'une *révision* est même évoquée.

La place nous manque pour suivre les développements divers de la doctrine et les apports des Saleilles, Duguit, Génny, Hauriou, Josserand, Capitant, Ripert, etc. Qu'il nous suffise de marquer quelques temps forts de la rénovation législative du Code, qui a essentiellement concerné le droit de la famille. Après le rétablissement du divorce en 1884 (il avait été aboli en 1816), les nombreux projets relatifs à la capacité juridique de la femme mariée ont fini par aboutir, en deux temps, en 1938 et 1942. Fut également aménagée la puissance paternelle, évidemment dans le sens de son allègement, ainsi que la condition des enfants naturels. En 1939, un décret-loi du 29 juillet « relatif à la famille et à la natalité françaises » apporta de nouvelles retouches au droit de la filiation. Au-delà de la réforme elle-même, le procédé consistant à modifier le Code civil au moyen d'un texte qui était un véritable fourre-tout de mesures hétéroclites (mais que le gouvernement Daladier avait présenté comme le *Code de la famille* !) choqua la plupart des juristes. De façon plus générale, le fait que le droit privé se développe de plus en plus *en dehors du Code*, par une série de lois spéciales, était un signe inquiétant de désaffection à l'égard de celui-ci : on a parlé de « décodification ». Ne fallait-il pas envisager une réforme globale, mais systématiquement conduite ?

Cette idée d'une nouvelle codification reprit corps à la Libération mais n'aboutit pas. Le projet de révision du Code fut remis à l'ordre du jour au début de la V<sup>e</sup> République par le garde des Sceaux Jean Foyer, professeur à la Faculté de droit de Paris, et confiée au doyen Jean Carbonnier. Encouragée par le général de Gaulle, puis par le président Pompidou, la révision du Livre premier fut menée à bien, dans d'excellentes conditions, entre 1964 et 1972. Après quoi l'effort se ralentit, puis s'arrêta : le Code civil avait cessé d'être une priorité politique. Aujourd'hui, toute nouvelle réforme – par exemple celle du droit des obligations actuellement à l'étude – ne peut que s'inscrire dans une perspective d'harmonisation européenne, ce qui ne simplifie pas la démarche.

Le succès fut plus net dans le domaine de la procédure civile et du droit pénal. Si le Code de procédure civile s'est appliqué presque sans

modifications pendant la première moitié du xix<sup>e</sup> siècle, il a fallu ensuite le réformer, par une série de lois successives, avant d'envisager son remplacement. Une commission de révision a été installée dès 1934, mais l'entreprise n'a abouti qu'en 1975. C'est une codification réelle, et non une simple compilation des textes préexistants : le Nouveau Code de procédure civile (ncpc) rénove profondément la procédure, inspiré par une doctrine innovante (en particulier les travaux d'Henri Motulsky). Le Code d'instruction criminelle, que des lois successives avaient largement réformé depuis la fin du xix<sup>e</sup> siècle, fut remplacé en 1958 par le Code de procédure pénale – mais celui-ci a été très souvent modifié depuis cette date, tant le procès pénal et les libertés fondamentales qu'il met en jeu constituent une matière politiquement sensible. Quant au Code pénal de 1810, lui aussi a été remplacé, après des décennies d'hésitations, en 1992 (avec entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 1994). Texte controversé, dont on put se demander s'il était encore un *code* – car il laissait en dehors de son champ nombre de textes qui s'étaient ajoutés, sans s'y intégrer, au Code de 1810 – et s'il était encore *pénal*, tant l'idéologie qui l'a inspiré, celle de la « défense sociale nouvelle », avait subverti la conception classique de la peine (J.-H. Robert).

S'agissant enfin du Code de commerce, il va presque sans dire que le droit des affaires qui s'applique aujourd'hui, et qui s'inscrit désormais dans le cadre plus vaste du « droit économique », n'a plus grand-chose à voir avec ce « droit des boutiquiers » qu'était le Code de 1807 : le droit de la faillite a été réformé en 1838, celui des sociétés anonymes en 1867, et plus généralement le droit des sociétés a été profondément transformé au xx<sup>e</sup> siècle (par exemple avec la création de la sarl en 1925), tandis que le « droit des affaires », perdant de plus en plus son caractère national, s'inscrit nécessairement dans un contexte non seulement européen, mais mondial. Comme on le voit tous les jours, l'évolution de l'économie mondialisée est tellement rapide que le droit est le plus souvent à la traîne. C'est ce qui explique l'abandon des projets de recodification du droit du commerce, envisagée après la Libération : on a compris que dans ce domaine, l'idée même de code est devenue absurde, le droit ne pouvant que s'adapter sans cesse, tant bien que mal, à des besoins toujours nouveaux. Dans ce contexte le droit est soumis comme le reste aux lois de la concurrence (on parle d'un « marché du droit ») – concurrence qui oppose notre vieux droit « continental » au *common law* : mais c'est un chapitre qui est en train de s'écrire, et dont rendront compte les historiens futurs.